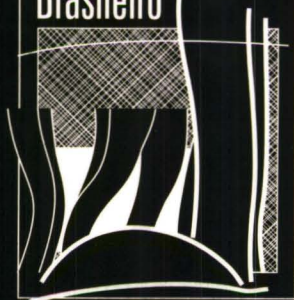
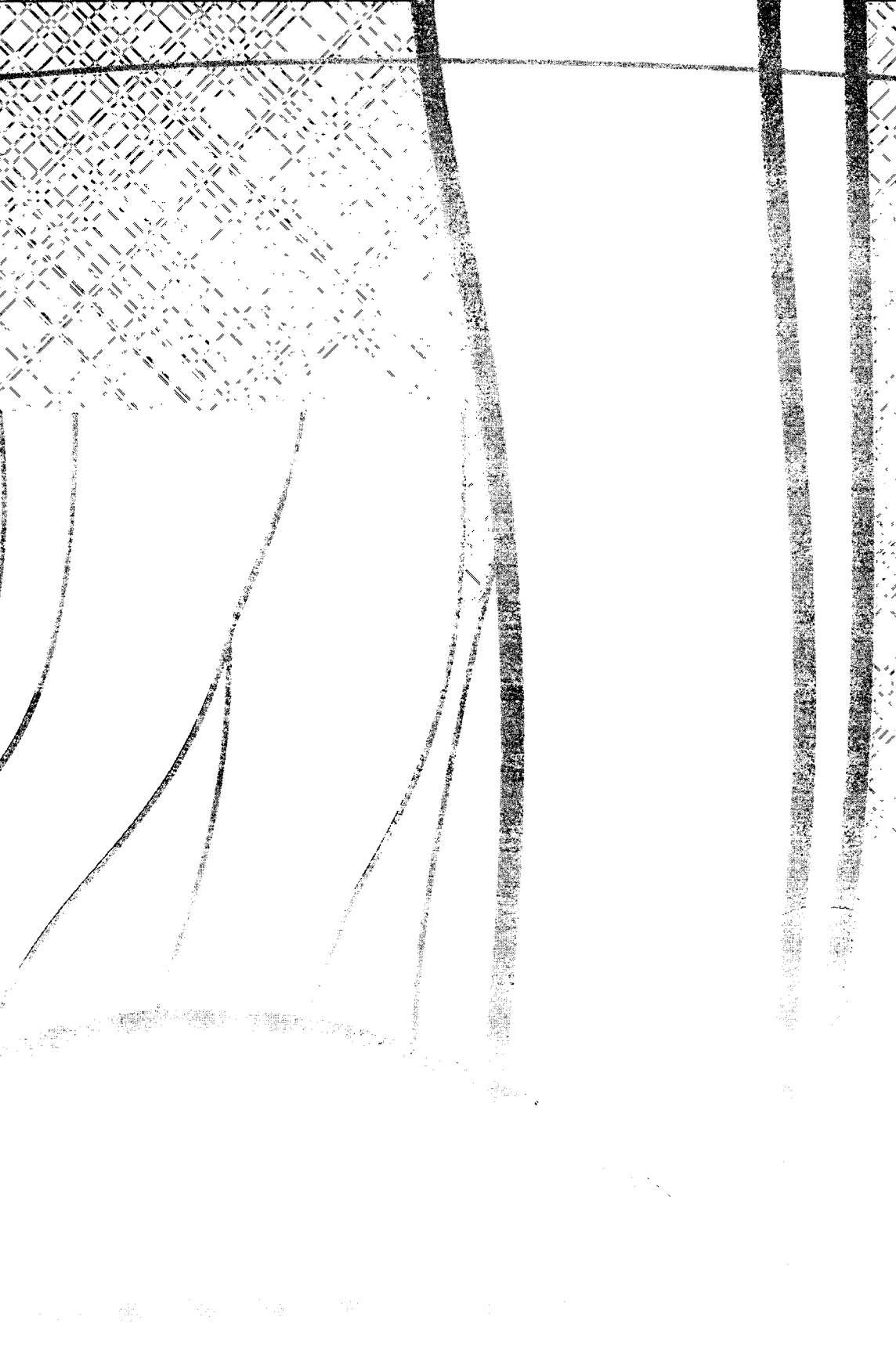
Direito Civil

A Propriedade

José de Alencar

História do Direito Brasileiro

6

Senado Federal

Senador José Sarney, Presidente
Senador Paulo Paim, 1º Vice-Presidente
Senador Eduardo Siqueira Campos, 2º Vice-Presidente
Senador Romeu Tuma, 1º Secretário
Senador Alberto Silva, 2º Secretário
Senador Heráclito Fortes, 3º Secretário
Senador Sérgio Zambiasi, 4º Secretário
Senador João Alberto Souza, Suplente
Senadora Serys Slhessarenko, Suplente
Senador Geraldo Mesquita Júnior, Suplente
Senador Marcelo Crivella, Suplente

Superior Tribunal de Justiça

Ministro Nilson Vital Naves, Presidente
Ministro Edson Carvalho Vidigal, Vice-Presidente
Ministro Antônio de Pádua Ribeiro
Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Diretor da Revista
Ministro Raphael de Barros Monteiro Filho
Ministro Francisco Peçanha Martins
Ministro Humberto Gomes de Barros
Ministro Francisco Cesar Asfor Rocha
Ministro Vicente Leal de Araújo
Ministro Ari Pargendler, Coordenador-Geral da Justiça Federal
Ministro José Augusto Delgado
Ministro José Arnaldo da Fonseca
Ministro Fernando Gonçalves
Ministro Carlos Alberto Menezes Direito
Ministro Felix Fischer
Ministro Aldir Guimarães Passarinho Junior
Ministro Gilson Langaro Dipp
Ministro Hamilton Carvalhido
Ministro Jorge Tadeo Flaquer Scartezzini
Ministra Eliana Calmon Alves
Ministro Paulo Benjamin Fragoso Gallotti
Ministro Francisco Cândido de Melo Falcão Neto
Ministro Domingos Franciulli Netto
Ministra Fátima Nancy Andrighi
Ministro Sebastião de Oliveira Castro Filho
Ministra Laurita Hilário Vaz
Ministro Paulo Geraldo de Oliveira Medina
Ministro Luiz Fux
Ministro João Otávio de Noronha
Ministro Teori Albino Zavascki
Ministro José de Castro Meira
Ministra Denise Martins Arruda

Direito Civil
A Propriedade
José de Alencar
Obra fac-similar
Prefácio de
Carlos Alberto Menezes Direito
História do Direito
Brasileiro
Brasília
Janeiro/2004

O Conselho Editorial do Senado Federal, criado pela Mesa Diretora em 31 de janeiro de 1997, buscará editar, sempre, obras de valor histórico e cultural e de relevância para a compreensão da história política, econômica e social do Brasil e reflexão sobre os destinos do país.

Coleção História do Direito Brasileiro - Direito Civil

ANTONIO JOAQUIM RIBAS
Curso de Direito Civil brasileiro
ANTONIO MAGARINOS TORRES
Nota Promissoria (estudos da lei, da doutrina e da jurisprudencia cambial brazileira)
AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS
Consolidação das Leis Civis
AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS
Código Civil: esboço
CLÓVIS BEVILÁQUA
Direito das Coisas
FRANCISCO DE PAULA LACERDA DE ALMEIDA
Obrigações: exposição systematica desta parte do Direito Civil patrio segundo o methodo dos "Direitos de Família" e "Direito das Cousas" do Conselheiro Lafayette Rodrigues Pereira
JOSÉ DE ALENCAR
A Propriedade pelo Cons. José de Alencar - com uma prefação do Cons. Dr. Antonio Joaquim Ribas
LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA
Direito das Coisas - adaptação ao Código Civil por José Bonifácio de Andrada e Silva
LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA
Direitos de Família - anotações e adaptações ao Código Civil por José Bonifácio de Andrada e Silva
LOURENÇO TRIGO DE LOUREIRO
Instituições de Direito Civil brasileiro
PEDRO ORLANDO
Direitos Autorais: seu conceito, sua prática e respectivas garantias em face das Convenções Internacionais, da legislação federal e da jurisprudência dos tribunais

Comissão Organizadora do Superior Tribunal de Justiça
Walkir Teixeira Bottecchia, Secretário-Geral
Jadir da Fonseca Camargos, Assessor de Articulação Parlamentar
Marcelo Raffaelli, Assessor Jurídico
Luciana Raquel Jáuregui Costandrade, Assessora Jurídica
Judite Amaral de Medeiros Vieira, Núcleo de Redação e Revisão
Mari Lúcia Del Fiaco, Núcleo de Redação e Revisão
Stael Françoise de Medeiros Oliveira Andrade, Núcleo de Redação e Revisão
Projeto Gráfico
Carlos Figueiredo, Núcleo de Programação Visual
Eduardo Lessa, Núcleo de Programação Visual
Taís Villela, Coordenadora do Núcleo de Programação Visual

Alencar, José de, 1829-1877.
A propriedade / José de Alencar ; prefácio de Carlos Alberto Menezes Direito. -- Ed. fac-sim. -- Brasília : Senado Federal, Conselho Editorial : Superior Tribunal de Justiça, 2004.
XXXII + 274 p. -- (História do direito brasileiro. Direito civil ; v. 6)

1. Direito de propriedade, Brasil. 2. Propriedade, Brasil. I. Título. II. Série.

CDDir. 342.123

No prefácio de sua monumental *A Política Exterior do Império*, dizia Calógeras, referindo-se à história diplomática do país, que era preciso evitar se perdesse "o contato com esse passado tão fecundo em lições e tão cheio de seiva alentadora para quem o sabe consultar". Foi com a mesma finalidade, agora com foco na história das instituições jurídicas brasileiras, que o Senado Federal e o Superior Tribunal de Justiça celebraram convênio para a reedição de grandes obras do Direito Civil e Penal pátrio que comporão a coleção intitulada *História do Direito Brasileiro*.

O projeto nasceu de sugestão que me fez o pesquisador Walter Costa Porto, advogado, professor universitário, ex-Ministro do Superior Tribunal Eleitoral, emérito constitucionalista, personalidade merecedora do respeito de todos quantos o conhecem, a quem presto neste ensejo a justa homenagem que lhe é devida.

Seu objetivo é atualizar, num corpo orgânico, parte da história de nosso Direito e, dessarte, colocar à disposição de especialistas e demais interessados obras da literatura jurídica nacional hoje esgotadas ou de difícil acesso. A importância da iniciativa é evidente: por um lado, contribui para a preservação de nosso patrimônio cultural; por outro, ajudará os estudiosos da evolução das instituições do Direito brasileiro.

Quer nos escritos, quer nas biografias, evidencia-se a magnitude das personalidades a serem reeditadas. Com efeito, não se trata apenas de jurisconsultos e autores de obras de Direito, mas de luminares da cultura nacional, que foram também catedráticos, literatos, jornalistas, ocupantes de elevados cargos públicos e militantes da política.

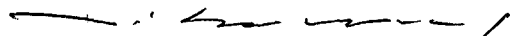
A coleção publicará onze livros de Direito Civil e dez de Direito Penal. Aqueles são os seguintes:

- *A Propriedade pelo Cons. José de Alencar – com uma prefação do Cons. Dr. Antonio Joaquim Ribas*, trazendo de volta livro cujo autor, além de dar expressiva contribuição às letras brasileiras, teve importante carreira política e ocupou o Ministério da Justiça no gabinete Itaboraí.

Acresce ser o livro prefaciado por Antonio Joaquim Ribas, jurista que também será reeditado na coleção.
- *Consolidação das Leis Civis*, de 1858, e *Código Civil: esboço*, dois trabalhos de reconhecido valor histórico, da lavra de Augusto Teixeira de Freitas. O primeiro foi-lhe encomendado pelo governo imperial; a comissão encarregada de revê-lo, após dar o laudo aprobatório, acrescentou que sua qualidade recomendava a habilitação de Teixeira de Freitas "para o Projeto do Código Civil, do qual a *Consolidação* é preparatório importante". Seu esboço de Código Civil, não aproveitado no Brasil, serviu de base para o Código Civil da República Argentina. Quanto à *Consolidação*, seu mérito histórico é realçado pela visão da visceral repulsa ao escravismo manifestada pelo autor.
- *Curso de Direito Civil brasileiro*, de Antonio Joaquim Ribas, que, como dito acima, prefaciou *A Propriedade*, de José de Alencar. No prefácio da 2ª edição do *Curso de Direito Civil* (1880), Ribas disse, em palavras que condizem com o objetivo da coleção *História do Direito Brasileiro*, que "Sem o conhecimento [da] teoria [do Direito Civil pátrio] ninguém pode aspirar ao honroso título de jurisconsulto, e nem exercer digna e satisfatoriamente a nobre profissão de advogar ou de julgar".
- *Direitos de Família* e *Direito das Coisas*, de Lafayette Rodrigues Pereira, datados respectivamente de 1869 e 1877, ambos adaptados ao Código Civil de 1916 por José Bonifácio de Andrada e Silva. Lafayette foi advogado e jornalista liberal, Ministro da Justiça, Senador, Presidente do Conselho e, *last but not least*, defensor de Machado de Assis contra a crítica feroz de Sílvio Romero. Com graça, dizia, a respeito de seu renome, "Subi montado em dois livrinhos de direito". São esses "livrinhos" que aqui estão vindo a lume, obras cujo método Lacerda de Almeida – outro nome na lista de autores da coleção – utilizou para a exposição sistemática do direito das obrigações.
- *Direito das Coisas*, de Clóvis Beviláqua, permitirá aos estudiosos hodiernos familiarizar-se com um gigante da literatura jurídica nacional, autor, a convite do Presidente Epitácio Pessoa, do projeto do Código Civil brasileiro. Modernizador, expressou no projeto sua revolta contra a vetustez do Direito Civil vigente no Brasil.
- *Instituições de Direito Civil brasileiro, oferecidas, dedicadas e consagradas a Sua Majestade Imperial o Senhor Dom Pedro II*, por Lourenço Trigo de Loureiro, nascido em Portugal (Vizeu) e formado em Olinda, onde mais tarde ocupou a cátedra de direito civil; teve cargos políticos, foi

professor de francês e tradutor de literatura francesa, inclusive do teatro de Racine. Seu livro, datado de 1850, constitui valioso elemento para aquilatar o cenário contra o qual, meio século depois, Beviláqua expressaria sua revolta.
- *Obrigações: exposição systematica desta parte do Direito Civil patrio segundo o methodo dos "Direitos de Família" e "Direito das Cousas" do Conselheiro Lafayette Rodrigues Pereira*, de Francisco de Paula Lacerda de Almeida. Publicado em 1897, é um dos muitos livros sobre temas de direito civil deixados por Lacerda de Almeida.
- *Direitos Autorais: seu conceito, sua prática e respectivas garantias em face das Convenções Internacionais, da legislação federal e da jurisprudência dos tribunais*, de autoria de Pedro Orlando. Autor de obras sobre direito comercial, questões trabalhistas e fiscais, Orlando é também autor do *Novíssimo Dicionário Jurídico Brasileiro*.
- *Nota Promissoria (estudos da lei, da doutrina e da jurisprudencia cambial brazileira)*, por Antonio Magarinos Torres. Advogado, catedrático e vice-diretor da Escola Superior de Comércio do Rio de Janeiro, juiz e presidente do Tribunal do Júri da então capital do país. Prolífico autor, escreveu sobre direito comercial, fiscal, penal e finanças.

Os dez livros dedicados ao Direito Penal incluem:
- *Tratado de Direito Penal allemão, prefácio e tradução de José Hygino Duarte Pereira*, de Franz von Liszt, jurista alemão, catedrático da Universidade de Berlim. A par, por si só, do elevado conceito do *Tratado*, quisemos, com a publicação, destacar o alto valor do prefácio de José Hygino, de indispensável leitura, que, por isso mesmo, ajusta-se à finalidade da coleção a respeito da história do direito brasileiro.
- *Lições de Direito Criminal*, de Braz Florentino Henriques de Souza, autor de trabalhos sobre Direito Civil e Criminal, designado membro da comissão encarregada de rever o Código Civil em 1865. *Lições de Direito Criminal* data de 1860.
- *Annotações theoricas e praticas ao Codigo Criminal*, de Thomaz Alves Junior. Crítico do Código Penal de 1830, que considerava prolixo e casuístico, Thomaz Alves o analisa detidamente, historiando sua apresentação, discussão e aprovação. Desse modo, as *Anotações* iluminam os leitores do século XXI quanto ao pensamento dos legisladores brasileiros do Império e constituem leitura complementar à obra de Braz Florentino.

- *Menores e loucos em Direito Criminal* e *Estudos de Direito*, de Tobias Barreto. Conhecido por sua poesia, Barreto era talvez mais jurista que poeta. Formou-se na Faculdade de Direito do Recife, da qual foi depois catedrático, tendo entre seus discípulos Clóvis Beviláqua, Graça Aranha e Sílvio Romero. Fizeram parte da denominada "Escola do Recife", que marcou o pensamento brasileiro (a propósito, entre outras, de Nelson Saldanha, *A Escola do Recife*, 1976 e 1978, e, de Miguel Reale, *O Culturalismo da Escola do Recife*, de 1956). Tobias foi um inovador; lutou incessantemente contra a estreiteza do ambiente cultural então imperante no Brasil.
- *Codigo Criminal do Imperio do Brazil annotado*, por Antonio Luiz Ferreira Tinôco. O Código do Império, reconhecido como "obra legislativa realmente honrosa para a cultura jurídica nacional" (Aníbal Bruno), filiava-se à corrente dos criadores do Direito Penal liberal (entre eles, Romagnoni e Bentham); admiravam-lhe a clareza e a concisão, entre tantos outros juristas, Vicente de Azevedo e Jiménez de Asúa, por exemplo. "Independente e autônomo, efetivamente nacional e próprio" (Edgard Costa), foi o inspirador do Código Penal espanhol de 1848 (Basileu Garcia e Frederico Marques). Acolheu a pena de morte, é certo, mas D. Pedro II passou a comutá-la em galés perpétuas após a ocorrência de um erro judiciário, ao que se conta. Segundo Hamilton Carvalhido, a obra de Tinôco "nos garante uma segura visão da realidade penal no último quartel do século XIX".
- *Codigo Penal commentado, theorica e praticamente*, de João Vieira de Araujo. Abolida a escravidão, Nabuco apresentou projeto, que nem chegou a ser discutido, para autorizar a adaptação das leis penais à nova situação. Sobreveio, logo após, o Código Penal de 1890, cuja elaboração fora cometida ao Conselheiro Baptista Pereira. O Código receberia várias críticas. Em 1893, Vieira de Araújo apresentou à Câmara dos Deputados projeto de um Código, sem êxito; logo depois, apresentava outro esboço, também sem sucesso.
- *Codigo Penal da Republica dos Estados Unidos do Brasil*, por Oscar de Macedo Soares. Diplomado em Direito pela Faculdade do Largo São Francisco, foi jornalista, secretário das províncias de Alagoas e Ceará, político conservador, advogado e autor de várias obras de Direito.
- *Direito Penal brazileiro (segundo o Codigo Penal mandado executar pelo Decreto N. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudencia)*, de Galdino

Siqueira. Desembargador do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e autor de livros sobre Direito Penal, em 1930 Siqueira foi incumbido pelo Ministro da Justiça e Negócios Interiores de redigir um anteprojeto de Código de Processo Civil. Em 1917 tinha participado, pela acusação, no julgamento do assassinato de Pinheiro Machado.
- *Codigo Penal dos Estados Unidos do Brasil commentado*, de Antonio José da Costa e Silva, livro que antecedeu a preparação, em 1938, do projeto de Código Criminal encomendado por Francisco Campos a Alcântara Machado. Costa e Silva participou da comissão revisora do projeto, a qual contava com luminares como Nelson Hungria e Roberto Lyra e cujo resultado foi o Código Penal de 1940.

O leitor pode compreender, em face do que precede, a relevância da iniciativa tomada conjuntamente pelo Senado Federal e o Superior Tribunal de Justiça.

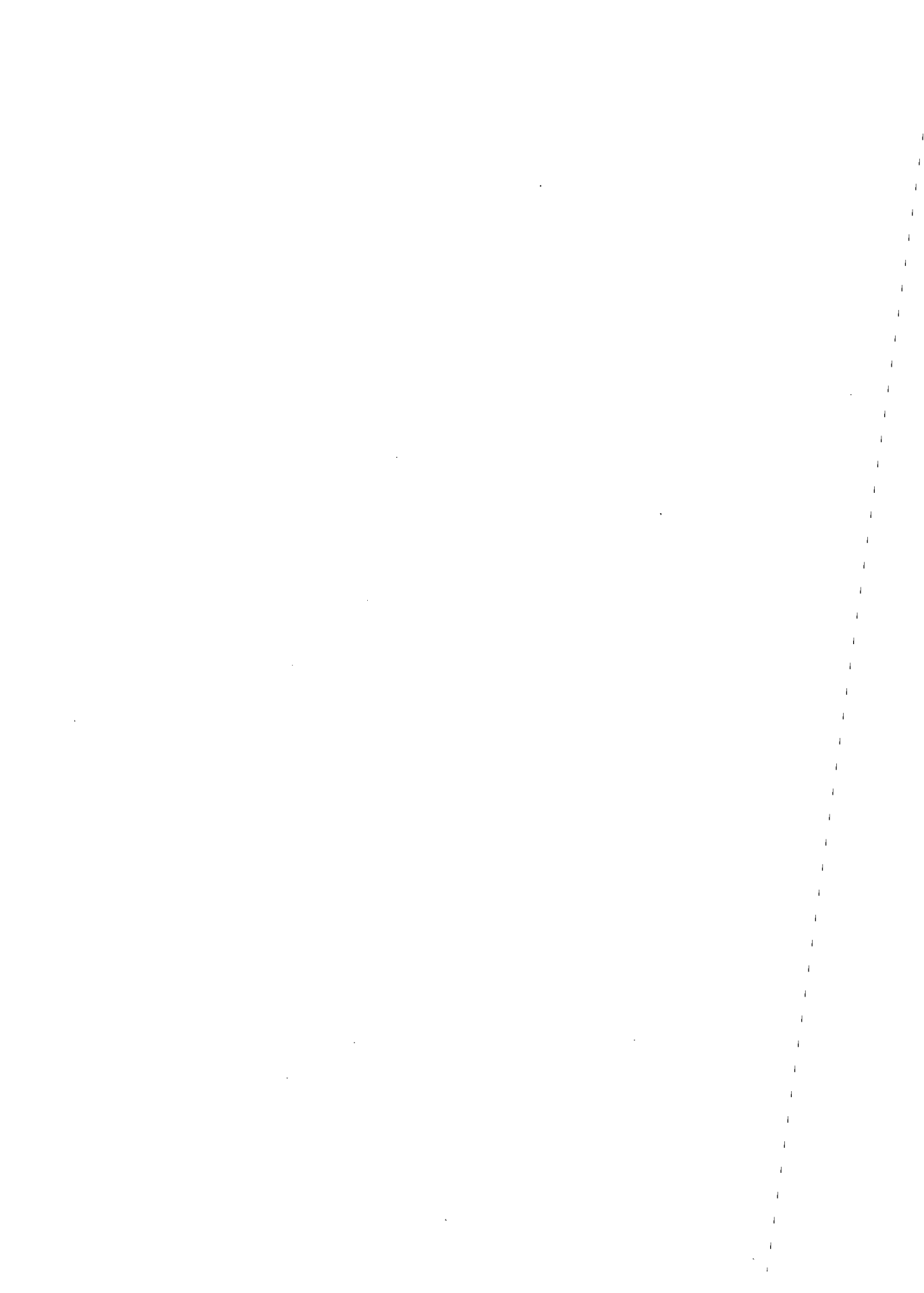
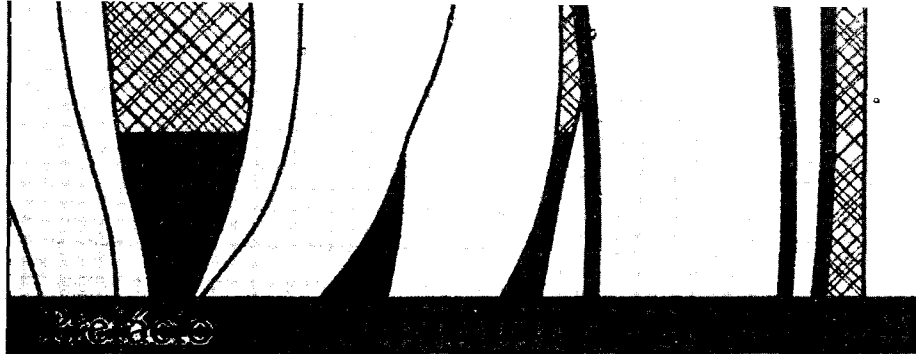
Como país jovem, na afoiteza de perseguir os objetivos de progresso e desenvolvimento, às vezes nos temos descuidado do passado cultural, sacrificando-o erradamente, ao confundir o que é antigo com o que é obsoleto. Almejo que a publicação da *História do Direito Brasileiro* concorra para remediar ótica tão equivocada, porque, nas palavras de Ginoulhiac em sua *Histoire générale du droit français*, "Ce n'est pas seulement dans la suite des faits, des evénéments, que consiste l'histoire d'un peuple; mais encore, mais surtout, dans le développement de ses institutions et de ses lois."

Ministro Nilson Naves
Presidente do Superior Tribunal de Justiça

Nota do Editor

O Superior Tribunal de Justiça e o Senado Federal estão reeditando alguns dos títulos essenciais da literatura jurídica brasileira. A Coleção *História do Direito Brasileiro*, com títulos de direito civil e penal, deverá ocupar um lugar importante nas bibliotecas de magistrados, advogados e estudiosos de direito.

Esta coleção se insere no programa editorial do Senado, que se destina ao desenvolvimento da cultura, à preservação de nosso patrimônio histórico e à aproximação do cidadão com o poder legislativo.

Senador José Sarney
Presidente do Conselho Editorial do Senado Federal

Este livro não carece de apresentação. O seu admirável autor tem presença marcada na vida brasileira. A sua contribuição ganha a cada novo tempo uma dimensão especial, não havendo quem possa desconhecer a sua exuberância literária. Poucos, contudo, sabem da sua participação como advogado, professor e jurista, também fecunda, tendo exercido o cargo de Ministro de Estado da Justiça e, portanto, participado ativamente das atividades públicas, eleito diversas vezes deputado pelo seu estado natal.

O erudito prefácio do Conselheiro Antonio Joaquim Ribas, autor de notável *Curso de Direito Civil Brasileiro*, que integra a presente coleção, bem revela a força criativa deste livro no trato da propriedade, tema central não apenas nos estudos de direito civil, mas também nos de direito constitucional e no eixo das grandes teorias políticas que ocuparam a cena do mundo desde os primeiros tempos da humanidade.

Como escreve o Conselheiro Ribas, José de Alencar estuda a propriedade na linhagem do que denomina "direito dos bens", englobando as coisas incorpóreas, desafiando as questões relativas à posse, aos privilégios, às obrigações e aos contratos. A condensação é preciosa, ainda mais porque "*o escopo da presente obra não é outro senão determinar os pontos de divergência entre o direito positivo e o racional, e definir as modificações por que aquele tem de passar, para que com este se ponha em harmonia*". É mesmo uma obra de crítica e de reforma que serve como ilustração segura da evolução do conceito de propriedade.

É preciso não esquecer que o livro data de 1883, cerca de cinqüenta e sete anos após a Constituição de 1824 ter feito menção expressa da organização de um Código Civil. É contemporâneo das diversas tentativas de codificação, começadas com o Esboço de Teixeira de Freitas, sem êxito no Império. O estilo é o de um polemista, capaz de deixar acentuado logo na Introdução o papel das instituições civis que "*representam o que o homem tem de mais seu no mundo externo e mais adere à sua personalidade. Representam as tradições da família, o*

lar paterno, todas essas relíquias da vida privada – sacra, as quais formam uma religião doméstica e que vão continuando no futuro os elos morais das gerações".

Sem a menor dúvida, a legislação civil, tendo no topo o Código, é uma verdadeira constituição da cidadania, da vida privada, tal e qual a Constituição é o estatuto político por excelência, a partir do qual são desenhadas as instituições do Estado.

No caso brasileiro, a natureza analítica da nossa disciplina constitucional vem dando origem a um direito civil constitucional, marco que a Constituição de 1988 assinala de modo particular, com sua ampla cobertura no campo do direito civil.

De fato, o constituinte dos oitenta teve o cuidado de estabelecer uma específica disciplina da propriedade, a partir do artigo 5º, garantindo o direito de propriedade (inciso XXII) e assegurando que a propriedade *"atenderá a sua função social"* (inciso XXIII), repetindo tais princípios no art. 170, que cuida dos princípios gerais da atividade econômica (incisos II e III).

Vale lembrar, nestes modestos apontamentos, que Luís Taparelli D'Azeglio, jesuíta, um dos pioneiros do renascimento filosófico tomista, professor do futuro Papa Leão XIII, no seu Curso de Direito Natural (Editora Anchieta, 1ª ed., 1945), escrito cerca de quarenta anos antes deste livro, estuda a ação da sociedade na ordem cívica e os fundamentos naturais do direito civil e criminal. Mas, logo no Livro segundo, tratando da ética individual ou teoria dos deveres individuais, na Quarta Questão, sobre os fundamentos dos deveres mútuos dos homens, o Padre Taparelli D'Azeglio ensina que, na própria natureza, firma-se o princípio de toda propriedade sem exclusão da estável. Apresenta a propriedade, em abstrato, *"como o domínio ou direito de possuir algum objeto, com exclusão do estranho; em concreto é o mesmo objeto. O dono é o que goza de tal direito. Possuir é o mesmo que ter atualmente. Aquele que possui chama-se possuidor ou dono. Além disso, o que possui legitimamente, é chamado o dono legítimo e tem o direito de reter o que é seu e usá-lo em proveito próprio; aquele que possui contra as leis legítimas, chama-se dono ilegítimo ou usurpador"*. Aqui se encontra o fundamento da propriedade como um direito natural, e com isso se explica, na minha compreensão, em grande medida, que o constituinte de 1988 tenha inserido, no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, a garantia do direito de propriedade.

É, portanto, a partir desse conceito maior da propriedade como um direito natural, inerente à natureza do ser do homem, que a evolução da sociedade consagrou, na mesma perspectiva ética, a função social da propriedade, que o século XVIII, tempo dos escritos de José de Alencar e de Taparelli D'Azeglio, não conhecia.

Essa função social da propriedade, posta como direito fundamental na Constituição vigente, alcança no Código Civil de 2002 uma particular significação.

No § 1º do art. 1.228, está o comando de que o "*direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas*". E mais prevê o novo Código nos §§ 4º e 5º, abrindo a possibilidade de perda da propriedade "*se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante*", garantida a justa indenização devida ao proprietário.

O que vai marcar o direito de propriedade a partir da Constituição de 1988 e do Código Civil de 2002, e será o norte da jurisprudência, é exatamente essa função social, que traça um divisor de águas com o velho liberalismo dominante na legislação civil.

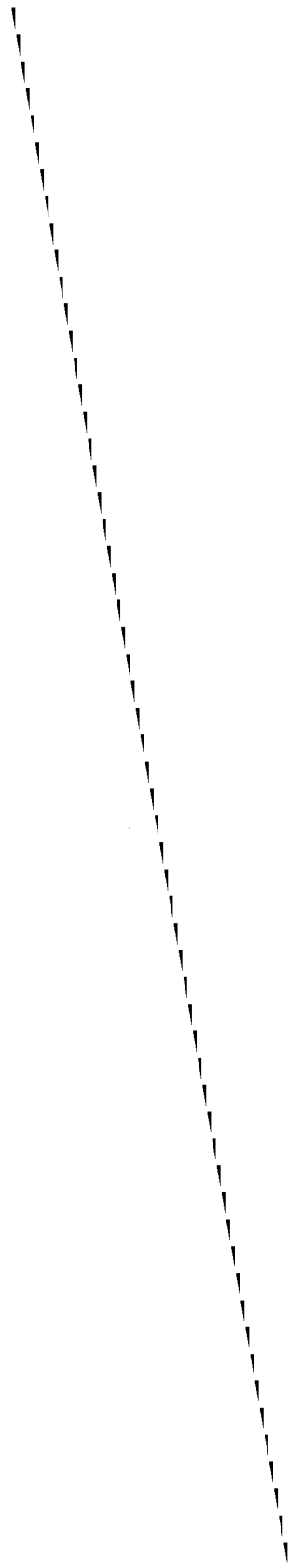
E nesse sentido é preciosa a evolução histórica que José de Alencar traça do chamado direito quiritário sobre a propriedade, com a partilha do solo comum pelos novos cidadãos romanos, e a lição de Ulpiano sobre a instituição das coisas "*mancipias*" e "*não mancipias*" até a formação da aristocracia territorial, "*que perdura há tantos séculos, ora confundida com a política sob o título de feudalismo; ora restrita unicamente às relações civis sob o título de regime hipotecário. Da soberania proprietária do governo feudal só há resquícios que se vão diariamente apagando. O privilégio proprietário porém, esse ostenta hoje toda a sua força*". Daí ele assinalar que o princípio dominante que preside a gestão da lei civil é a propriedade. Mas, José de Alencar, no seu palavreado candente, não deixa por menos ao condenar a tirania da propriedade – a propriedade valia soberania –, para expressar a sua revolta contra o materialismo e a sua crença de que, tal como ocorreu na religião com o cristianismo, a civilização também opere a mudança na legislação.

O livro traz valioso estudo sobre a natureza do direito real e do direito pessoal, lembrando lições de Savigny, e, ainda, sua vigorosa defesa da propriedade intelectual, invocando o Código Penal da época, *"que tanto quanto era possível na sua esfera reconheceu na propriedade intelectual um verdadeiro domínio; dispondo que o produto material da idéia roubada pertence ao autor espoliado, e constitui sua propriedade plena"*. Da mesma forma, não perde atualidade o exame que faz da hipoteca, no seu berço, trazendo as palavras de Napoleão ao Conselho de Estado, firmando sua posição crítica com relação à hipoteca judiciária oriunda do direito romano. E, ainda, as suas considerações sobre a posse, que tanto tem consumido as atenções do mestre José Carlos Moreira Alves, já com dois volumes escritos e publicados, e sobre as obrigações, a que dedica José de Alencar três capítulos.

Ler este livro é ter acesso a uma cultura jurídica arguta, límpida, revelada em estilo crítico e com exemplos práticos das situações que estuda, trazendo inspiração e mostrando o caminho para o bem escrever sobre a ciência do direito.

Ministro *Carlos Alberto Menezes Direito*

A PROPRIEDADE

A

PROPRIEDADE

PELO

Cons.º **José de Alencar**

Sint tua tibi. Genesis 33 v. 9
Suum cuique Ulp. fr. 10 Dig.
De just. et jur. (I, 1)

COM UMA PREFAÇÃO

DO EXM.º SR.

Cons.º **Dr. Antonio Joaquim Ribas**

RIO DE JANEIRO

B. L. GARNIER — LIVREIRO-EDITOR

71 — RUA DO OUVIDOR — 71

1883

PREFAÇÃO

O Conselheiro José Martiniano de Alencar é, por certo, um dos nomes que, na litteratura patria, gozam de mais larga e mais merecida popularidade.

Com effeito, não ha Brazileiro que não conheça o *Guarany*, a *Iracema* e tantos outros productos de sua magica penna.

Ainda na primeira juventude, soube elle, pela força eruptiva do seu talento, despedaçar a gelida camada da indifferença publica e firmar a sua gloria litteraria em solidos e numerosos monumentos.

O poder e a inexhaurivel fecundidade de sua imaginação, a scintillação fascinadora de seu estylo, semelhante á de um limpido diamante, perfeitamente lapidado, a energia das suas faculdades affectivas, a vastidão de sua erudição litteraria, lhe asseguram a primazia entre os romancistas patrios.

Mas, José de Alencar, além de grande

litterato, era tambem distinctissimo Jurisconsulto.

Da sua illustração juridica sobejas provas deu elle como advogado, como Consultor, e como Ministro de Estado dos negocios da Justiça.

Estas provas, porém, estão esparsas e sepultadas nos cartorios do fôro, nas secretarias de Estado e nos jornaes do tempo, quasi perdidas para a posteridade, e ainda para os que hoje mesmo as queiram consultar.

O presente livro veiu, pois, condensar essas provas em um grande e duradouro monumento.

Intitulando-o — *A propriedade*, não quiz, entretanto, o illustre autor restringir-se a tratar sómente do dominio e dos direitos que delle podem ser destacados em favor de outros que não aquelles em quem elle reside.

Aqui a palavra—*propriedade* é empregada no seu sentido mais amplo, como synonyma de *direito dos bens ;* e entre estes se comprehendem as *cousas incorporeas — quæ tangi non possunt* (Gaio *Inst. Comm.* II §§ 12 — 14), ou como diz Ulp. (fr. 49 *Dig. De verb.*

sig. 4,16 —) *æque bonis adnumerabitur, etiam si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus ; nam hæc omnia in bonis esse videntur.*

É por este motivo que aqui se trata, não só do dominio e dos direitos que delle se derivam, como tambem da posse, dos privilegios e das obrigações.

Não se pense, porém, que o presente livro contem apenas a mera exposição didactica da materia.

Não ; elle é antes uma obra de critica e de reforma do Direito existente ; e, no periodo de transição em que vivemos, nenhum trabalho juridico póde ser mais opportuno do que aquelle que tem por fim facilitar e encaminhar acertadamente essa transição.

As raizes do nosso Direito prendem-se immediatamente no *Romanismo ;* aprofundando, porém, o subsolo historico, vão se firmar no *Brahamismo ,* nas *slocas* de *Manou ,* que viveu alguns milhares de annos antes do começo da nossa era.

Por quantas e quão profundas revoluções não tem elle passado neste longo periodo de tantas dezenas de seculos !

Os dictames philosophicos, suaves, affe-

ctivos do prisco Brahama se transformaram, na sua longa transmigração do Indostão para a peninsula italica, em formulas asperas, ferozes e sanguinarias.

O Direito privativo dos Romanos era a *lex horrendi carminis*, de que falla Tito Livio; direito herdado dos lucumons etruscos pelos patricios romanos, e de cujo symbolismo e formulismo mysteriosos a interpretação só cabia ao sanctuario.

No decorrer dos seculos, porém, os plebeos, esses descendentes das *soudras* e *parias* indostanicos, conseguiram que o Direito fosse simplificado e patenteado á multidão sob a fórma da lei decemviral —*fons publici, privatique juris;* e essa conquista foi sellada com o sangue puro da plebea Virginia, como a expulsão da realeza o havia sido com o da patricia Lucrecia.

Então começou a obra da reconstrucção do Direito sobre bases mais philosophicas, equitativas e humanitarias, pela influencia dos edictos dos Pretores e das consultas dos Advogados.

Não obstante a fundação do absolutismo cesareo e os esforços de Capiton, o adulador

de Augusto e de Tiberio, continuou a evolução progressiva do Direito, graças á influencia de Labeon, o amigo de Bruto, com este morto na batalha de Philipps.

A eterna lucta entre o espirito innovador e o de rotina continuou nas celebres seitas — Proculeiana ou Pegasiana e Sabiniana ou Cassiana, cuja tenaz e ardente disputa prolongou-se por mais de seculo e meio.

Entretanto, nas mais fundas camadas populares se propalava uma noticia assombrosa.

Dizia-se que um joven Rabbi, na remota e obscura Galiléa, pregava uma lei nova, lei de igualdade e liberdade, de perdão e de regeneração moral.

Lei blasphema e anarchica!

Blasphema, porque, realisando a ameaça de Prometheo (*desmotes*), desthronisava Jupiter e expellia do Olympo os *aureos numes de Ascreo*.

Anarchica, porque igualava Cesar ao ultimo plebeo, ou escravo e, erguendo perante as nações um archetypo divino, ousava pôr limites á vontade imperial, fonte unica da moral e do Direito.

Crucifige eum! Crucifige eum! Bradára a cega populaça amotinada pelos Phariseos, e o delegado de Cesar, com a tradicional hypocrisia dos politicos, lavára as mãos do sangue do Justo, e consentira que se commettesse o horrendo deicidio!

Contra os sectarios da nova doutrina desencadeiaram os Cesares perseguições atrozes e omnimodas; crebra trabalhou a segure do algoz, ergueram-se cruzes, ateiaram-se fogueiras, despedaçaram no circo as feras as carnes palpitantes dos martyres, das virgens e innocentes...

Insensatos furores! Improficua carnificina!

Nas luctas seculares entre a espada e a palavra, entre a força e o Direito, a Historia dá perenne testemunho, a victoria *final* cabe sempre — *sempre!* — á palavra e ao Direito.

Com effeito, não eram ainda passados tres seculos, e a doutrina dos pobres, dos humildes e dos ignorantes havia conquistado a adhesão dos ricos, dos potentados e dos sabios, sentava-se no throno dos Cesares e era constituida *religião de Estado.*

Desde então, por meio dos Rescriptos e

Constituições imperiaes, começou ella a encendrar o velho Direito Romano até que deu-lhe a sua fórma, definitiva para nós, na grande compilação Justineanea.

Entretanto, ondas de Barbaros, vindas do Norte e do Oriente, haviam alagado a Europa.

Parecia que no geral cataclisma ia sossobrar toda a antiga civilisação, e a força primar para sempre sobre o Direito.

Tal, porém, não consentira a lei da progressiva e universal evolução.

O poder social não extinguiu-se ; apenas dispersou-se, e pulverisou-se pelo solo ; as forças contendentes se equilibraram ; e afinal fez-se a ordem com a desordem.

Fundou-se o feudalismo.

Novus seculorum ab integro nascitur ordo.

Longe de nós a intenção de encomiar as instituições medievaes.

Para o não fazermos, assás fôra attender que a lei despiu-se do seu caracter de generalidade, e se tornou inteiramente pessoal *(privilegia)*; que o poder social, assim dispersado, poz-se em mais intimo e perenne

contacto com os individuos, e tornou-se mais tyrannico ; que os *escravos* continuaram a trabalhar para os seus senhores, sob o nome de *servos*.

Mas, o que é certo é, que o feudalismo, embora barbaro, oppressivo, immoral, foi comtudo uma instituição de Direito, um psalio á universal anarchia.

Mas, eis que, em meio do electrico estremecimento que no seculo XII percorreu a Europa, ahi surge Irnerio, o restaurador do estudo do Direito, o fundador da escola dos Glossadores de Bolonha.

Desde então cada seculo trouxe um novo triumpho para as sciencias juridicas, consolidou e alargou a sua influencia na sociedade.

Além de muitos, Accursio no seculo XIII, Bartolo e Baldo nos seculos XIV e XV, Alciati, Cujas, Doneau no seculo XVI, Domat, Du Mulin, os dous Cocceji, os dous Stryck no seculo XVII, Vico, Boehemer, Heineck, Struv, no seculo XVIII, taes são os gloriosos nomes que, além da pleiade luminosa de jurisconsultos Allemães e Francezes do seculo actual, ergueram a sciencia do direito ao elevado ponto em que se acha.

Por outro lado, cumpre attender-se que o Direito, armando as realezas modernas com as tradições do cesarismo, serviu-se dellas para aniquilar o feudalismo ; e, mais tarde, armando os povos com as tradições democraticas do Agora e do Forum, serviu-se delles para começar a derrocar as realezas.

E' esta a obra de duras reivindicações em que se acha elle empenhado.

Mas, consummada ella, para onde nos conduziram as evoluções do Direito ?

Puderamos, até certo ponto, determinar a trajectoria da sua gloriosa e ascendente marcha ; mas, não é esta a occasião propria.

Por emquanto o que cumpre é completar a obra da democratisação do Direito, pondo-o em harmonia com o estado actual do desenvolvimento das sciencias e especialmente da sociologia.

Com effeito, o vapor, a electricidade e as outras forças naturaes, submettidas pela mecanica á vontade humana, supprimindo o espaço e o tempo, e perfazendo os trabalhos em que até então o homem consumia os seus esforços, modificaram profundamente as condições economicas da sociedade, e estas modi-

ficações não podiam deixar de repercutir no estado das relações juridicas.

Forçoso era que se transformassem as relações entre o trabalho e o capital.

Na lucta ardente destes dous agentes da producção — lucta de vida e de morte para os miseros operarios, se perpetua o prelio secular entre os servos medievaes contra os senhores feudaes, os escravos e plebeos romanos contra os patricios, os soudras e parias indostanicos contra os Brahamas e Xchatrias.

Ora, a summa da historia da humanidade consiste na ascensão das classes inferiores á liberdade, ao gozo, á luz; e esta ascensão importa a depuração e o alargamento do Direito.

Nós vivemos em um periodo em que a evolução sociologica se accelera e se accentua profundamente.

As classes nobres, descendentes dos heroicos fascinoras, dos preclaros barões-salteadores, dos homens de ferro banhados de sangue humano, estão extinctas ou degeneradas submergem-se na obscuridade.

O fetichismo das realezas se abumbra entre os novellos de fumo e as nuvens de poeira, erguidas pelo dynamite.

O capital impiedoso, assediado pelas miserias das massas operarias, é obrigado a parlamentar, sob a mediação do poder social.

A propriedade immovel cede a antiga primazia á propriedade movel, e se esforça por transformar-se, acompanhando a esta em sua mobilidade.

O solo se liberta dos pesados encargos, accumulados nos seculos passados, e por toda a parte tende a fraccionar-se.

A constituição da familia se modifica.

A mulher aspira a igualar o marido no seio da sociedade domestica, e até a intervir na direcção da sociedade politica.

O poder social limita o patrio poder por um lado, impondo a instrucção obrigatoria e intervindo na constituição e distribuição desta; por outro, restringindo a transmissibilidade da herança necessaria.

As relações juridicas, em geral, se despem de vãos formulismos, se ampliam e se depuram sob a influencia do principio da equidade.

José de Alencar bem comprehendeu as forças dynamicas que actuam sobre a sociedade, e em serviço dellas poz o seu grande talento.

Com effeito, o escopo da presente obra não é outro senão determinar os pontos de divergencia entre o direito positivo e o racional, e definir as modificações por que aquelle tem de passar, para que com este se ponha em harmonia.

Sem duvida, discordamos de algumas opiniões do illustre autor; nem jámais é possivel sincero e perfeito accordo entre dous pensamentos, operando sobre assumpto tão vasto e em que se levantam tantas, tão importantes e tão arduas questões.

A duvida é o primeiro passo para o descobrimento da verdade; porque della nasce a discussão, e da discussão brota a scintilla de luz.

Ao concluir, ponderaremos que para tornar attrahente, além de instructiva, a leitura deste livro, bastaria o estylo em que é escripto; estylo em que o jurisconsulto conserva todas as seducções do romancista.

Assim, não encarecemos o valor desta obra quando declaramos que ella é um grande serviço prestado pelo conselheiro José de Alencar aos progressos do Direito.

Antonio Joaquim Ribas.

A PROPRIEDADE

INTRODUCÇÃO

A constituição da sociedade civil ainda não recebeu o influxo poderoso, que a civilisação moderna já tem inoculado em todos os ramos da sciencia e da legislação.

Essa apparente anomalia do progresso nasce comtudo de uma causa natural.

As instituições civis representam o que o homem tem de mais seu no mundo externo e mais adhere á sua personalidade. Representam as tradições da familia, o lar paterno, todas essas reliquias da vida privada — *sacra*, as quaes formam uma religião domestica e que vão continuando no futuro os elos moraes das gerações.

Quantas vezes não subvertem as paixões um Estado, dilacerando as entranhas da patria e erguendo a anarchia sobre as ruinas do governo. Entretanto, a so-

ciedade civil, um momento submergida pela torrente, surge compacta do seio do cataclisma para continuar a sua marcha firme e regrada. A nacionalidade transformou-se; a cidade soffreu uma mudança em seus foros politicos; mas a individualidade e a familia permanecem as mesmas, talvez com algum ligeiro retoque na superficie.

Esta magestosa lentidão, com que avança ao través dos tempos e das revoluções a sociedade civil, a solidez monumental de suas instituições, será talvez o correctivo que a omnipotente sabedoria poz ao arrojo da ambição humana. Sem essa formidavel barreira, quem sabe a que abysmos seriam a cada momento arrastados os povos impellidos na carreira vertiginosa das paixões politicas!

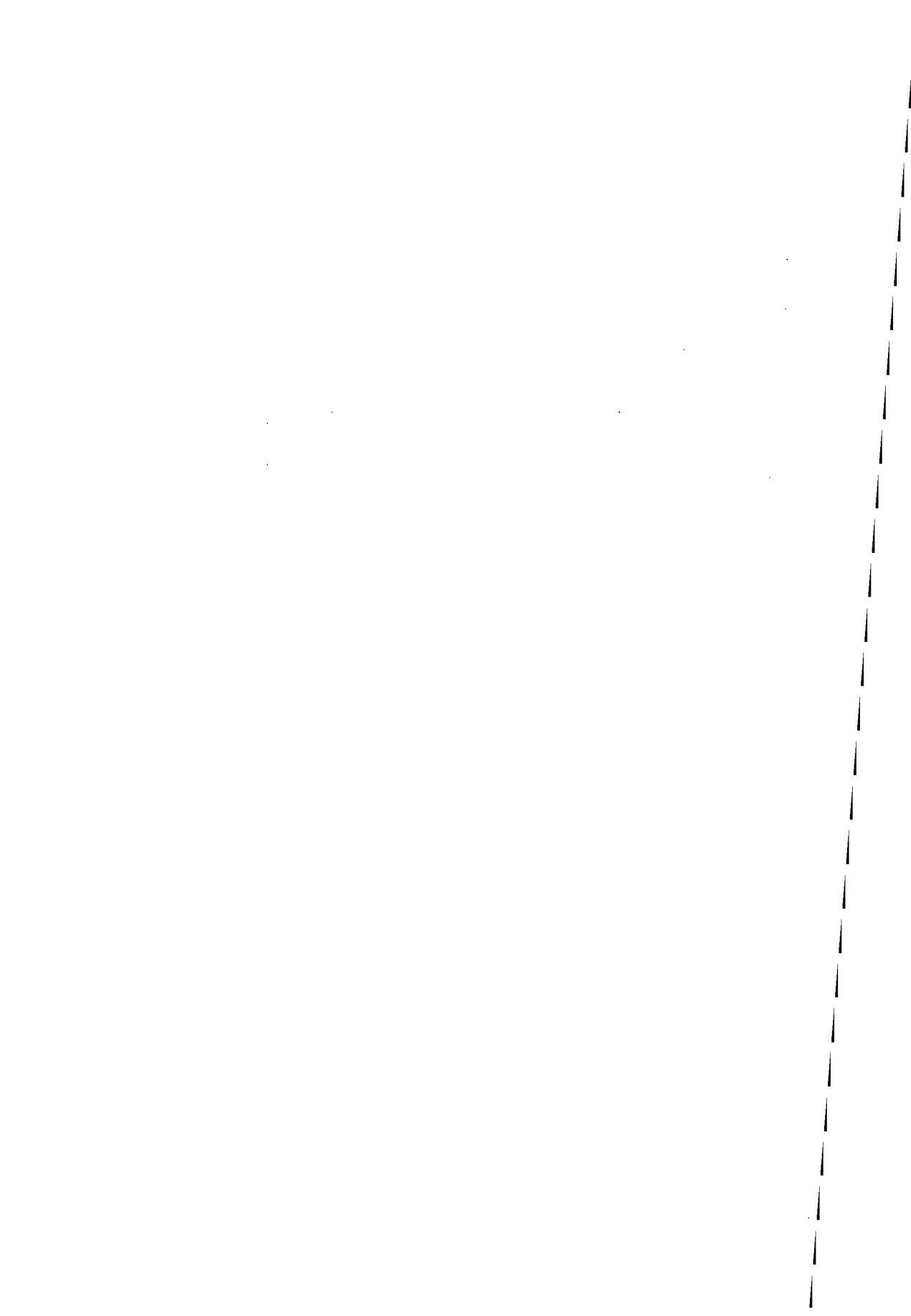
Felizmente o supremo architecto elevou no centro da nação esse templo augusto da lei civil, á cuja sombra se abriguem os povos nos dias da tribulação.

E' com respeito profundo e um misterioso pavor que a mão do homem ousa tocar na arca veneranda da sabedoria de seus maiores, consolidada por tantos seculos, e apurada por tantas gerações. Só de idade em idade a civilisação, depois de transformar a superficie da terra, muda uma pedra na vasta construcção.

Embora; uma revolução profunda começou de operar-se no seio da sociedade civil: por emquanto

latente, vai surdamente minando ; alguma vez a sua marcha subterranea já foi revelada pela explosão parcial de uma idéa, ou pelo apparecimento de um phenomeno juridico.

E' o rastro luminoso dessa revolução que eu rastreio no seio da treva, onde jaz envolto o cahos do direito civil e ficará sepulto por muito tempo ainda, até que a razão pura, a razão soberana, arrancando os andrajos da velha sciencia, revele-se emfim na plenitude do esplendor, em sua magestade em uma — *naked magesty.* (1)

Milton.—Paradise lost.—Canto 4.º

CAPITULO I

FORMAÇÃO DA PROPRIEDADE

I

Foi entre as sete collinas, onde a providencia collocou o berço do povo rei, e quando surgia a primeira aurora da civilisação que devorou e consumiu o mundo antigo ; foi na cidade eterna que nasceu a sociedade civil.

Qual havia sido nos tempos primitivos, a vida individual do homem, a historia o revela.

A primeira phase social da humanidade foi sem duvida a geração — *genus*. Em torno do varão forte se abrigaram as mulheres para o amar e servir á troco da protecção que recebiam. A prole, nascida dessa união, achava no pendor do sangue e no exemplo materno o principio da obediencia passiva. Quando chegava para o mancebo o tempo de concorrer para a reproducção de sua raça, elle tornava-se pai ; mas esse titulo não o isentava da sujeição filial ao primeiro genitor, ao pai supremo — *patriarcha*.

O patriarchado, embryão de todas as instituições hu-

manas, infancia da sociedade, tanto civil como politica, principio do poder, ou espiritual ou temporal, enche todo o periodo mythologico. Mas a geração, crescendo, desmembra-se ; os laços que a prendiam vão afrouxando.

Ao primogenitor succede o chefe, o rei, ou o conselho dos anciãos. A sociedade humana passa então por uma transformação que pertence já ao periodo his torico.

Do desmembramento da raça, produzido pela sua excessiva multiplicação se fórma a gente — *gens*. E' a segunda phase da humanidade, que prepara, nas relações individuaes, a instituição da familia e, nas relações collectivas, a organisação do povo,

O chefe da gente já não se chama como o chefe de geração, primeiro pai, *patriarcha*, mas simplesmente pai, *pater ;* porque elle é o unico de toda a progenie. Seus filhos tem o nome de patricios ; logo que adquirem forças e vigor podem abandonar o lar paterno e constituir a sua independencia domestica. Si porém preferem cultivar o campo de seus antepassados, seu trabalho acrescenta o *patrimonium*, bens communs que hão de pertencer-lhes por morte do pai e que este não póde alhear.

Desapparece aqui a primitiva servidão domestica, A cessão absoluta da mulher feita pelo pai ao esposo.

como se effectuava anteriormente e da qual encontra-se o gracioso mytho na Genesis, deixa de existir. As *gentes* tratam a união sexual como uma verdadeira alliança, *connubium*, celebrada entre duas partes contractantes, e participando de uma natureza mixta do mesmo.

O interesse de conservar a sua parte no patrimonio obrigava a mulher a não abandonar a sua gente, ainda mesmo depois do consorcio. O casamento — *confarreatio* era um facto fundido sobre perfeita igualdade e consagrado pela religião.

Dissolvia-se do mesmo modo por outra ceremonia religiosa *deffarreatio*. Os bens da mulher — *res uxoria*, ficavam-lhe pertencendo exclusivamente e o marido era obrigado á réstituil-os no caso de dissolução do casamento.

A necessidade de manter essa alliança, que não consolidava já à autocracia patriarchal, creou sem duvida os primeiros rudimentos de lei civil, que se encontram nas antiguidades gregas e italianas. Foi porém quando se fincou na margem do Tibre o primeiro esteio do humilde rancho de bandidos que se lançou a pedra fundamental da sociedade civil, e se creou para o direito a primeira cidade do mundo. Dos titulos de nobreza e gloria de Roma, a dominadora do universo, não é o maior por certo o de ter sido a soberana

das nações — *urbs*, mas o de ter sido a cidade independente, a patria da familia — *civitas*.

Não é meu proposito escrever a historia do direito romano. Outro assumpto me reclama. Busco apenas nas primeiras instituições do povo rei, nas laboriosas escavações feitas por sabios illustres d'entre as ruinas da legislação *quiritaria*, as origens da moderna constituição civil. Limito-me pois a assignalar nas actas romanas alguns factos juridicos de maxima importancia para a historia da jurisprudencia.

Começo pela organisação de familia.

A primeira lei de Roma não podia ser outra senão a lei dos seus vizinhos, o costume dos povos italianos, seus predecessores. Acha-se de feito logo na sua origem a instituição da *gente*, servindo de base ao patriciado, e a toda a sua organisação politica. Mas, admiravel aberração da logica! foi a violencia e o crime que puzeram os fundamentos da poderosa organisação civil, que tem sido durante dous mil annos e em todas as rudes commoções da humanidade o mais forte esteio da ordem e da liberdade.

Couto e asylo aberto a expatriados e aventureiros, a pequena cidade do Palatino cresceu com a população estranha que affluia. Esses novos habitadores eram recebidos em um gráo de inferioridade. Pela sua condição miseravel e adventicia, ou talvez pelo seu

excessivo numero em relação aos fundadores da cidade receberam o nome de plebe — *plebs*.

Não tinham herança paterna —*patrimonium*, como a gente palatina : tudo quanto possuiam era tomado pela força, á mão armada, pelo direito de captura — *mancipium*.

Esse facto merece toda a attenção. O *mancipio* é a conquista pelo individuo, em opposição á guerra — a conquista pela nação. Aquelle influe no direito civil ; como esta domina por muito tempo nas relações internacionaes.

A imigração avulta. A plebe romana sente a falta de esposas ; da classe patricia não as póde obter ; não só pelo principio da distincção de castas, como pela exiguidade da primitiva população. A alliança — *connubium*, foi proposta ás nações vizinhas e rejeitada. Recorreu-se á violencia.

O povo romano consuma a celebre conquista da mulher, conhecida na historia com o nome de *rapto das Sabinas*.

As mulheres assim conquistadas á mão armada, bem como a descendencia que dellas provem, entram na massa geral da propriedade individual, como escravas ou cousas : são igualmente *mancipio*. O vinculo que liga essa servidão civil de creaturas animadas e inanimadas, brutas ou racionaes ao senhor é a fa-

milia; propriedade plena, absoluta e despotica não restricta e limitada como o patrimonio.

Eis a primeira organisação da familia. Iniciada pelo rapto e conquista da mulher, ella devia necessariamente completar-se pela escravidão. O chefe dessa instituição não é simplesmente pai como o da gente; mas sim *manceps*, o usurpador, ou *dominus* o senhor. O casamento, a adopção, a herança, se fazem por compra e venda—*per es et libram.*

O marido compra a mulher que passa do dominiopaterno para o dominio conjugal. O filho nasce cousa, e continúa elle a sua prole até que seja resgatada a sua condição de creatura racional.

Observa-se na *familia* romana a reproducção do patriarchado em circulo mais estreito. O mesmo principio da servidão; a mesma degradação da creatura racional; o mesmo materialismo do direito, impera n'uma como n'outra.

Comtudo, a differença existe. Na geração o vinculo prende e absorve o homem em todas as suas relações, individuaes ou collectivas; a geração é a familia e o povo confundidos n'uma mesma denominação. Na familia o vinculo é unicamente civil; soffre sem duvida, a influencia politica; mas não obstante, vê-se a servidão domestica á sombra da pura democracia do governo.

A creação da familia romana tem na historia da jurisprudencia uma época notavel ; estabelece a qualidade do direito e da personalidade humana, confundidas na unidade do patriarchado.

Foi o espirito de conquista que estabelecêra tambem a primeira base da sociedade civil, da vida extra-domestica. Com o andar dos tempos a violencia e o espirito de rapina desapparecem ; mas, a acquisição da propriedade conserva um caracter de solemnidade que lembra ainda a conquista, a captura, embora envolta em formulas civis.

A mancipação *mancipatio*, primeira transformação do *mancipium*, é a ceremonia civil da investidura da propriedade. Ella se fazia na praça publica na presença de cinco testemunhas. O adquirente proclamava ahi a intenção de fazer sua a cousa ; em virtude do poder que lhe outorgava o direito quiritario, isto é, o direito civil — « *Hunc ego hominem ex jure quiritium meum esse aio.* »

A' medida que esse modo solemne de acquisição se applica ás diversas relações civis, toma differentes denominações. Na alienação onerosa da cousa, recebeu o nome de *emptio* — venda ; e então a balança que o aquirente (*libripens*) devia segurar, symbolisava o peso e a entrega do preço — *es et libram*. No casamento em que se dava uma cessão mutua, a mancipação era

conhecida sob a designação de *coempito,* troca ou venda reciproca. O resgate do filho ou do servo, que perdia a condição de cousa para assumir a personalidade, e por conseguinte se liberava do mancipio, chamou-se emancipação — *emancipatio.* Finalmente as cousas se dividiram em duas classes ; uma, cuja propriedade exigia a investidura solemne ; outra comprehendendo os objectos de uso diario e minimo valor que, pelo seu rapido consumo dispensavam a acquisição publica e notoria. A primeira era das cousas mancipias— *res mancipi ;* a segunda das cousas não mancipias—*res nec mancipi.*

Por outro lado a theoria das obrigações civis e do contracto se desenvolvia sob a mesma influencia.

A obrigação individual, élo das relações civis, era uma venda condicional ; e por isso tomava o caracter de um vinculo material, *nexum,* uma especie de adhesão do devedor ao credor — *nec suus.* Se no prazo estipulado a obrigação não era satisfeita, o credor tinha o direito de lançar mão *manus sujectio* sobre a pessoa do devedor que desde esse momento lhe ficava em penhor por 60 dias. Durante este prazo o conduzia tres vezes ao mercado, para apregoar a divida ; si ninguem se apresentava para responder por ella, o devedor era adjudicado (*addictus*) ao credor, e tornava-se mancipio, cousa sua.

Essa é a segunda transformação do primitivo mancipio, da conquista.

Posteriormente o *nexum* reveste uma fórma rude ainda, porém mais liberal e humanitaria. E' de crer que tornando-se muitas vezes onerosa a *manus sujectio*, ou apprehensão do devedor, o interesse do credor lhe aconselhasse antes, como meio mais summario e economico, a apprehensão immediata de cousa que bastasse ao pagamento. Permittia-se então em certos e determinados casos essa captura da cousa, como segurança da divida — *pignoris captio*. Quando porém não fosse caso de penhor, podia-se ainda assim obter uma especie de garantia judiciaria requerendo ao magistrado que mandava investir o credor na posse dos bens do devedor — *missio in possessionem*.

Aqui devemos mencionar a cessão juridica *in jure cessio*, que nada mais é do que uma outra formula de investidura solemne da propriedade. Ella differia da mancipação em que esta era a aquisição consensual, e voluntaria, e ella era a aquisição consagrada pela autoridade. Ambas representam a tradição, — uma, a tradição simplesmente publica, a outra, a tradição judiciaria.

Tal é o principio da potente constituição civil do povo-rei.

Roma se reunira a Quirium. A cidade eterna absor-

vendo sob o mesmo nome a sua vizinha e rival, retribuiu essa absorpção dando ao povo o seu appellido.

A nação chamou-se Roma — o povo Quirites. E como o direito civil se creava sob a fórma de um privilegio de nacionalidade, elle começa a ser conhecido pelo titulo de direito quiritario *(jus quiritium)* que nos foi conservada pelos jurisconsultos romanos.

Não remataremos este rapido esboço do direito quiritario, sem apontar ainda o facto importante da organisação da propriedade immovel.

Desde os principios de Roma diversas distribuições de terras haviam sido feitas pelas celebres leis agrarias á medida que a população estranha affluia. Uma parte do solo commum *(ager publicus)* era partilhado pelos novos cidadãos romanos, e entrava no dominio privado. A concessão de uma data de terras era em relação ao estrangeiro admittido á nacionalidade romana, a ultima consagração da sua qualidade civica, elle adquiria por esse facto a plenitude do direito quiritario, o poder da mancipação.

Dahi a instituição das cousas em mancipias ou não mancipias. Ulpiano menciona as tres classes de cousas que constituiam a propriedade nobre e privilegiada pelo direito quiritario ; ellas se resumem nos predios rusticos e urbanos situados na Italia ; nas servidões e instrumentos concernentes á agricultura. O

territorio das provincias conquistadas não tinha o cunho de nacionalidade; e portanto não gozava do mesmo privilegio. (*)

Com o correr dos tempos porém, as terras assim distribuidas foram cahindo em abandono, já pelo gravame das contribuições, já pela incuria dos donos. Data de então a instituição do colonato (*colonatus*) estado transitorio da escravidão á liberdade. O senhor de uma terra fazia seu escravo colono, ou cultivador della, mediante as condições que lhe aprazia. Por esse facto o escravo adquiria certos direitos civis, como o do casamento — *connubium*, e o direito de propriedade limitada — *peculium*. Quando o colono era instituido perpetuamente, esse colonato tomava o nome de *emphyteuses*.

Assim formava-se a poderosa aristocracia territorial que perdura ha tantos seculos, ora confundida com a politica sob o titulo de feudalismo; ora restricta unicamente ás relações civis sob o titulo de regimen hypothecario. Da soberania proprietaria do governo feudal só ha resquicios que se vão diariamente apagando. O privilegio proprietario porém, esse ostenta hoje toda a sua força.

(*) Ulpiano.—19—Frag. 1.ª

II

Quem medita estas origens da constituição civil que a sabedoria romana implantou no mundo, através de tantos seculos e de tantas civilisações, pela unica força de seu genio possante, ha de necessariamente observar o principio dominante que preside a essa gestação da lei civil.

Esse principio é a propriedade.

A propriedade se manifesta logo sob a fórma de uma tyrannia. Ella tem o poder de infundir no cidadão livre, no *civis romanus*, uma entidade escrava e possuivel. O homem politicamente independente é servo na vida privada. E' ella ainda essa tyrannia da propriedade que no seio misero da democracia transforma o sanctuario das affeições domesticas em uma servidão ; e o poder marital e paterno n'uma autocracia despotica.

A vida politica mesmo soffria a influencia e o predominio da propriedade. A instituição do *censo* revela até que ponto a personalidade humana era absorvida então por uma só de suas faculdades.

O voto, a expansão da liberdade e a garantia do direito, foi nos comicios romanos uma especie de usofructo. O mais rico era o mais livre e o mais poderoso : a propriedade valia soberania. Das cento e noventa e quatro tribus em que o heróe Tullio dividiu o povo

romano; uma das classes, a dos patricios, ou grandes proprietarios, formava por si só a maioria. (Tito Livio.)

Como era natural, o materialismo reveste a lei, durante essa infancia da jurisprudencia. Tambem o antropromorphismo foi a primeira expressão da religião nos tempos primitivos. Esperemos que a civilisação opere na legislação, como o christianismo operou na crença; despindo-a da crosta que lhe formou a rudeza da primeira idade.

III

Transmontemos cerca de tres mil annos.

Passemos de repente daquelle embryão de cidade ao prodigioso desenvolvimento da moderna sociedade

Sem duvida a elaboração de tantos seculos e o attrito de tantos povos transformou completamente a primeira constituição civil. Uma serie de revoluções operou successivamente a regeneração do individuo e a regeneração da familia. O direito constituido em principio como um facto humano, foi lentamente assumindo até que revelou a sua origem divina e reivindicou os fóros de sua nobreza, desconhecida pela rudez infantil dos povos.

A revolução franceza consummou o que o christianismo iniciára, a redempção da humanidade. A religião começára reduzindo o homem interior, o *eu*, a consciencia. O direito acabava, resgatando ao despotismo o homem externo, o *meu*, a personalidade. A guilhotina ha de ficar na posteridade como a cruz, instrumentos de supplicio ambos, transformados em symbolos veneraveis de um sublime sacrificio. Na primeira padeceu o homem-deus pela sua creatura ; na segunda o homem-povo pela sua liberdade.

Ainda, é certo, o suor e o sangue da creatura opprimida pela lei parricida, gottejam na terra que Deus formou para a existencia inviolavel e o trabalho livre.

Cada gotta porém que derrama é uma lagrima da humanidade e vai arrancar um grito á consciencia universal. Ha um remorso de povo, uma vergonha de nação. Sentem-n'a os paizes onde a escravidão e a pena de morte já não foram, além de abolidas, completamente extinctas na memoria publica.

Mas que importam estes sobejos de uma sociedade tranzida? A escravidão e a pena de morte, já estão condemnadas pela sciencia e sem appello. Só falta que a legislação arranque-as do seu codigo para inhumal-as nas miserias do passado. A redempção do homem, primeiro marco milliario da humanidade que caminha incessante para a perfeição, está consummada na razão universal, no mundo das idades.

Entretanto, circumstancia notavel, o olhar do jurisconsulto que devassa o corpo da moderna constituição civil, e lhe prescruta o organismo, encontra ahi, no seio desta sociedade tão revolta, conservada quai verdadeira mumia, o embryão informe da primitiva cidade do Palatino. Como certas leguminosas, cujo grelo germina e pullula sem alterar a pequena semente que ahi fica adherindo ás raizes da planta, o antigo direito quiritario apesar de desenvolvido pela longa geração de celebres jurisconsultos que vai de Gaio a Justiniano; apesar de ter regido tantas nações, soffrendo a resistencia de costumes e tradições diversas, permanece quasi inalteravel.

Toda a legislação civil dos povos actuaes está realmente em esqueleto nas leis originarias de Roma.

A familia actual é no fundo a mesma familia romana, substituida a servidão por uma sujeição moderada, em harmonia com as idéas do seculo. O casamento, a adopção e a herança ainda se fazem *per es et libram*. Os contractos dotaes são uma transformação da *coemptio*. Si ha differença, é nas fórmas ; outr'ora o preço era pesado francamente na praça publica ; hoje se disfarça a venda com o titulo de acquisição ou garantia de direitos.

O mecanismo civil, o jugo das relações individuaes estabelecido pelos codigos ultimos está em germen na instituição do *nexum*. A theoria das obrigações é a degeneração da *manus injectio*, poder da apprehensão da pessoa que a civilisação reduz a um simples vinculo immaterial. Tambem da apprehensão da cousa *pignoris captio*, posteriormente desenvolvida nos contractos reaes, procede em linha recta a doutrina da reivindicação, com todos os seus corollarios.

A constituição da propriedade, em geral, a aristocracia da propriedade immovel, o fraccionamento dos direitos dominicaes em servidões, nada mais são do que o aperfeiçoamento da *mancipatio*, modo de adquirir ; do *colonatus* divisão dos predios ruraes, e finalmente do privilegio estabelecido em favor dos bens

classificados como *res mancipi*, privilegio que depois se amplia á outras especies de cousas, até mesmo incorporaes.

O materialismo, que envolveu o direito civil na sua nascença, o reveste ainda embora sob uma fórma menos carregada. O egoismo romano parece ter-se petrificado na organisação da propriedade civil, e tal é com effeito a rijeza granitica dessa instituição que a razão universal, abrindo-a durante vinte seculos, não conseguiu ainda arrasal-a.

Desde o primeiro instante da sua constituição a sociedade soffre o jugo ignobil da propriedade. O *meu*, expansão da personalidade humana, tendia naturalmente á realisar-se, á reproduzir-se sob uma fórma sensivel. A occupação deve ter sido o primeiro symbolo e a primeira consciencia do direito. Foi sem duvida quando projectou sobre o mundo physico a sua acção, que o homem teve a intenção da sua nobreza juridica.

Daqui resultam dous factos de summa importancia, que devem ser bem discriminadas. O primeiro é o modo da propriedade, em seu primitivo estado; esse direito revela-se sobre um aspecto brutal e material, exorbitando de sua esphera, absorvendo em si as outras faculdades.

O segundo é o objecto da propriedade, esse direito em vez de limitar-se á sua séde natural, a cousa, ousa subjugar tambem a pessoa.

A existencia e a liberdade, confiscadas em proveito de alguns, reivindicaram os seus foros sagrados : a personalidade humana deixou de ser materia de uso e consumo, como qualquer animal domesticado : a propriedade emfim foi restringida á sua séde natural, ao dominio da natureza bruta.

Mas essa conquista, completa em relação ao direito politico, não o é em relação ao direito civil. A propriedade ainda não se desprendeu do envolucro material, nem restituiu as outras faculdades da acção propria de cada uma. Por isso em todos os codigos civis, o homem parece figurar exclusivamente como um proprietario ; é em virtude desse titulo que a lei o julga digno de protecção e garantias.

Depravada pelo materialismo, a legislação civil olvida que o fim do homem é a perfeição ; e que as faculdades juridicas não são mais que instrumentos do progresso.

A essa missão nobre, digna da creatura intelligente, substituiu-se outra degradante da razão, porque antepõe o corpo ao espirito. A conquista da riqueza, tal é o horizonte da vida humana, como elle se desenhou aos olhos do legislador no plano dos interesses, e relações individuaes. Já houve escriptor que, estimulado pelo exemplo e corrompido por esse falseamento de idéas, levou a franqueza ao ponto de sustentar que o

codigo civil nada mais era do que a lei da propriedade. *(Locré.)*

Talvez á muitos se afigure de minima importancia este facto de exorbitancia da propriedade na legislação civil. Si o direito é um e unico, embora com varia applicação, pouco importa não distinguir abstractamente os seus differentes aspectos, desde que bem definam sua essencia e o respeitem em sua integridade. O nome não altera a substancia, chrisme a sciencia, á capricho, a faculdade juridica, que por isso não ha de transformar-se a personalidade humana.

Tal será a defeza da lei civil, falsa e hypocrita como ella propria.

Não ha por certo quem desconheça a unidade e inteireza do direito. O direito é o homem : elle se produz pleno e compacto em qualquer dos menores actos da creatura racional. Si a theoria da actual legislação civil se fundasse nesse principio, a questão seria de simples technologia ou nomenclatura scientifica. Mas ao contrario, ella distingue o direito pelas suas manifestações ; reconhece á par da propriedade, outras faculdades como a existencia e a liberdade ; entretanto que amesquinha estas ultimas, attribuindo toda a importancia somente á primeira.

E' este o erro ; é esta a usurpação que uma das faculdades juridicas exerce iniquamente sobre as ou-

tras. Comprehende-se o alcance de uma tal aberração. Desde que o direito foi arrancado do seu alveo racional, elle havia de necessariamente esvairar, como a torrente quando trasborda do leito que a natureza lhe marcou.

Outros não foram tão longe : o pudor da consciencia reprimiu-lhes o materialismo. Não ousando recusar absolutamente, no codigo civil e a par da propriedade, um lugar á existencia e á liberdade, o reduziram de uma maneira ridicula, admittindo-as unicamente como direitos derivados e não como direitos originarios. Assim mantem a aristocracia da propriedade, unico direito originario reconhecido pela lei civil, e ao qual as outras faculdades humanas devem servir de instrumentos.

Opiniões desta ordem não se discutem, basta enuncial-as; ellas se desvanecem com a publicação, como as trevas, ao surgir da luz. Comprehende-se que a lei, filha da necessidade e gerada ao influxo das idéas do momento, nem sempre seja a expressão fiel da sciencia ; comprehende-se que a lei, radicada no espirito e no coração do povo, resista por muito tempo á razão que a procura extirpar ou mudar. O que, porém, não se concebe é que orgãos da sciencia, que a professam por culto, isentos de pressão, depravassem a sua intelligencia para assim profanarem a sciencia de seu culto !

Realmente, mutilar a personalidade humana, uma, unica e indivisivel, para sujeitar cada um de seus fragmentos á uma lei especial e distincta, é de uma ousadia sem nome. Para commetter um tão grande attentado juridico é preciso, ou uma extrema perversão da intelligencia, ou uma ignorancia absoluta dos principios elementares da philosophia do direito.

Nosso proposito porém não é combater as argucias ou extravagancias de escriptores; mas sómente estudar a tendencia da legislação civil e a sua actualidade.

Desde que um direito é arrancado do seu alveo natural, elle havia de necessariamente enraizar-se, como a torrente que trasborda do leito. A essa causa se deve imputar a monstruosa organização da propriedade que gerou-se em Roma, sob a influencia immediata e successiva dos factos, e foi-se incrustando com a civilisação nos costumes dos povos barbaros, de quem descendem as nações modernas.

Vou descarnar esse aleijão juridico. E' um trabalho arduo e improbo; não que demande grande estudo e proficiencia: as diformidades são de saliencia tal, que se accusam de si mesmas ao observador. Só de coragem, mas della muito ha mister o espirito que ousa devassar o sanctuario onde a sabedoria dos tempos depositou o melhor de suas locubrações, e dizer á lei succumbida e venerada:—« Tirai a mascara, não sois mais que mentira e absurdo. »

Em nome da razão universal, cumpre dizer desde já que, si durante dous mil annos a humanidade passou por baixo das forcas caudinas dessa legislação materialista, não foi sem estremecer algumas vezes de indignação.

Esses estremecimentos humanitarios são marcados pelas grandes revoluções sociaes. No seculo XIV ergueu-se e começou a abater á golpes de machado o feudalismo : ainda não o extinguiu de todos ; para vergonha da humanidade ainda existem paizes como a Allemanha, onde elle sobrevive, e donde reverbera ainda a sua malefica influencia sobre o espirito humano. Mas ha de extinguir-se !

CAPITULO II

DIREITO REAL

I

O traço mais saliente da actual legislação civil, aquelle que logo fere a attenção do jurista, é a divisão ampla e radical, *summa divisio*, da materia juridica em duas grandes secções.

Na primeira é collocado o direito real; na segunda o direito pessoal.

Em nenhum codigo essa divisão já se ostentou á luz, como um systema ou principio de classificação: ao contrario, encontra-se sempre em um estado latente e sujeita na apparencia á um methodo qualquer. Tal é porém a sua força e potencia que ella surde ao través da construcção exterior e mecanica, para dominar toda a legislação, como a verdadeira alma desse corpo. Desde as Institutas de Justiniano até os Codigos Frederico e Napoleão a suprema divisão do direito civil é essa. Nem podia deixar de ser assim; foi a indisputavel tyrannia do materialismo que a impoz ao legislador.

Algumas vezes a extrema divisa é alterada; alguns

direitos são deslocados, e recambiados de uma para outra classe; mas a divisão subsiste, geral e unanime.

E' indispensavel pois a quem deseja possuir-se do espirito da actual legislação civil, estudar com a mais seria attenção o seu principal divisor, o traço distinctivo do direito.

Direito real —*jus in re* — é o direito inherente a cousa sem dependencia de pessoa certa, —*jus in rem competens sine respectu ad certam personam.*

O direito pessoal – *jus in personam* — é o direito adstricto ou vinculado á pessoa sem dependencia de cousa certa *facultas competens in personam ut aliquid dare vel facere teneatur.*

Os caracteres essenciaes dessas duas qualidades de direito estão no objecto e na extensão de cada um. O direito real tem por objecto uma cousa — *res*, um objecto da natureza bruta; o direito pessoal tem por objecto uma acção ou inacção (*actio*) da natureza racional. O direito real vigora contra todos (*adversus omnes*); tem um cunho de universalidade; nesse sentido o chamam direito absoluto; o direito pessoal vigora só contra certa e determinada pessoa (*adversus aliquem*); e em virtude dessa restricção o classificam de direito relativo.

O que distingue os direitos reaes dos direitos pessoaes, diz Ortolan, Inst.— T. 1.° pag. 78, é que os

primeiros nos põe directamente em relação com a cousa que é objecto delle, sem ligar pessoa particularmente para comnosco, sem crear para os outros homens mais que esse dever geral de abstenção, que é garantia commum de todos os direitos, entretanto que os segundos consistem essencialmente na relação de dependencia particular, individualmente que se estabelece entre o credor e o devedor. E' esse laço individual de dependencia que constitue a obrigação propriamente dita.

Todos e quaesquer direitos trazem para a generalidade dos homens o dever de se abster de todo o acto capaz de paralysar o seu exercicio. Debaixo desta relação os direitos pessoaes, as obrigações propriamente ditas, não differem dos direitos reaes, porque um terceiro não póde crear obstaculo ao exercicio dos direitos que eu tenho sobre o meu devedor, como não póde impedir-me do gozo da cousa que me pertence.

Lagrange. *Manuel de Dir. Rom.* das obrigações.

E' expressão technica, diz Savigny, necessidade juridica.

A todo o direito corresponde uma obrigação ; mas os jurisconsultos, imbuidos desse prejuizo que o direito real não respeita pessoa, e cahe incisivamente sobre a cousa, onde quer que ella se ache, reservaram a palavra obrigação para o vinculo resultante do direito pes-

soal. E' verdade que contra essa perversão da linguagem juridica já prostestou o Codigo Napoleão, restabelecendo a palavra obrigação ao seu sentido natural e philosophico, ao seu sentido lato: infelizmente os corollarios logicos dessa restauração não foram applicados.

Conhecida a linha de separação, resta ainda o mais importante, a sua applicação ou traçado: — a justa distribuição de toda a materia juridica pelos dous membros da divisão mestra do direito civil.

A personalidade humana, a existencia, a propriedade e a liberdade que constitue o assumpto da lei individual se acha assim repartida. A propriedade, a faculdade por excellencia, o direito suzerano, enche quasi todo o ambito do codigo. Ella apparece sob dous aspectos ou como propriedade certa, immediata, incisiva adherente á cousa; ou como propriedade vaga, remota, ainda não formada, dependente de um facto alheio. — Sob o primeiro aspecto a propriedade recebe o nome significativo de *dominio*, unico direito real, de que os outros não são mais do que porções ou fragmentos. Sob o segundo aspecto a propriedade é considerada apenas como um meio de adquirir o dominio, e fórma a maxima parte do direito pessoal.

Resta pois um canto do direito pessoal para o qual são atiradas á esmo as outras faculdades, vassallas da propriedade. Encontram-se de feito nos codigos civis

algumas disposições relativas á existencia e á liberdade ; mas se conhece que ellas não entraram no sanctuario pelo seu proprio merecimento e importancia, senão pela necessidade de completar o regimen patrimonial. A existencia ahi é apenas o modo de ser do proprietario, não do homem, a liberdade é instrumento e nada mais, para a transferencia ou ataque de propriedade.

Este aspecto geral que apresenta a legislação civil moderna produz no animo uma triste impressão: o senso intimo do homem justo, ainda mesmo alheio aos estudos da jurisprudencia, é rudemente chocado por tamanha revulsão no pensamento e na linguagem da lei.

O direito assenta sobre uma relação e essa exige necessariamente a dualidade humana. Collocai um só homem na terra, e o direito desapparecerá, disse Kant. Assim considerado quanto ao seu agente ou paciente, o direito é sempre pessoal, porque elle não póde existir senão de pessoa á pessoa. Pelo contrario olhando o direito do ponto de seu objecto, elle se apresenta por esta face como um direito sempre real, porque versa necessariamente sobre uma cousa, seja essa adherente á pessoa ou completamente extranha ; seja producto da natureza bruta ou da natureza racional. A personalidade nunca póde ser objecto de um direito sob pena de degradar-se á condição de cousa ; ella é unicamente o termo da relação juridica.

E' o que Savigny pretende disfarçar com a sua expressão dubia —dizendo que a pessoa obrigada apparece como sujeita em parte.

A terminologia adoptada pela sciencia é pois completamente falsa: tambem só em um codigo a achamos realisada, o Codigo Frederico. O proprio direito romano a desconhecia; foram os commentadores quem primeiro deram nome á variedade do direito que destacava nas Institutas, especialmente no livro das acções: chamaram o direito real *jus in re*, e o direito pessoal *jus ad rem*. Posteriormente julgavam barbara essa qualificação de *jus ad rem*; o materialismo sentiu que era affrontar muito o bom senso, classificando certos direitos de familia, o poder paterno e o poder marital, por exemplo, de direito á cousa; e taxando aquella expressão de barbara, substituiu a *propter pudorem* por esta outra *jus in personam*. Note-se que houve escrupulo de dizer *jus in persona*, a semelhança de *jus in re*.

Em nome da logica, desse symbolo da verdade, que salva ainda mesmo no meio do erro a dignidade da razão humana, devo defender aqui os commentadores do direito romano contra as velleidades da falsa philosophia da sciencia moderna. Aquelles que consideravam a sociedade individual uma especie de pacto commum, para exploração da natureza bruta, e resumiam portanto a legislação civil ao desenvolvimento exclusivo da pro-

priedade; esses PRam coherentes com o seu materialismo, dividindo o direito em *jus ad rem*, e *jus in re*. Direito á cousa, primeiro momento da propriedade, titulo de acquisição: direito na cousa, segundo momento da propriedade; titulo da fruição.

Tal denominação seria rude e barbara, mas tinha o merito da franqueza; emquanto que a moderna qualificação do *jus in personam*, ó talvez mais polida e delicada para a nobreza juridica do homem; porém no fundo falsêa com uma hyprocrisia indigna da sciencia os fóros sagrados da existencia e da liberdade, grupando-as como verdadeiras parasitas em um ramo da propriedade.

Outro barbarismo de linguagem é essa applicação exclusiva da palavra obrigação, para designar o vinculo juridico produzido pelo direito pessoal.

Mas os commentadores não podiam proceder de outra maneira. Attribuir ao direito real uma obrigação correspondente para confundil-o com o direito pessoal e arrasar portanto todo o edificio laboriosamente construido; personalisàr a cousa e inherir nella um vinculo moral, fôra incorrer em um grave absurdo; isso porém nada importaria, si esse absurdo não significasse o suicidio do materialismo. O meio unico de sahir dessa difficuldade era esse; truncar a obrigação; reservar para o direito real a parte mais importante della

sob o titulo de reivindicação ; e deixar o sobejo, o vinculo, para o direito pessoal.

E' sobre taes moletas que se arrastam esses direitos mancos inventados pela fantazia do homem.

Depois da perversão da linguagem o que mais revolta na legislação civil é a desordem e a anarchia de sua classificação. Quem vê com effeito todo o dominio da jurisprudencia invadido quasi exclusivamente por uma só das faculdades humanas com detrimento das outras ; quem observa o modo por que se nivela a acquisição da materia vil e a sua fruição, com a escolha da companheira inseparavel de nossa existencia, com a fraternidade e todos esses nobres e santos deveres da familia, não póde conter a indignação em face de uma tal degradação.

Se um homem, ou um povo, houvesse planejado semelhante systema de legislação ; e collocasse sob a mesma rubrica do direito pessoal a venda e o casamento, a locação de serviços e o patrio poder ; ou inscrevesse no mesmo titulo do direito real o dominio e a herança, o dote e a hypotheca ; eu diria que esse individuo, ou esse povo, não tinha consciencia para sentir a magnitude da sua missão racional, e devia ser enxotado do templo da sciencia, como os publicanos que profanavam a casa do Senhor. Mas, repito, esse systema não sahiu inteiriço e fundido de um só jacto

da intelligencia humana ; foi o producto de uma elaboração lenta e gradual dos factos ; elle representa a historia embryonaria da sociedade civil.

Toda a idéa tem sua infancia ; antes de a articular a humanidade a balbucia. A idéa da rehabilitação da familia já foi enunciada pela sciencia. Kant, o profundo investigador da methaphysica do direito, disse a primeira palavra. Apesar de haver admittido a distincção do direito em real e pessoal reconheceu a existentencia distincta de um terceiro direito, que participava da duplice natureza dos outros, e por isso não podia ser assimillado completamente á nenhum delles. E' o direito domestico, pelo qual nós possuimos o objecto como *cousa* e usamos delle como *pessoa*.

Ortolan qualifica tambem o direito de familia de direito real ; e a escola allemã professa a respeito da familia idéas que são perfeitamente desenvolvidas por Savigny

Na propria legislação a influencia irresistivel dessa verdade já se fez sentir. Nas proprias Institutas a lei domestica formava com as disposições relativas á capacidade juridica uma especie de introducção ao direito civil, e não se confundia nem com as cousas, nem com as acções ou obrigações.

Nos codigos modernos a familia ainda mais se destaca e sobresahe, formando um titulo especial, em-

bora esteja longe ainda de attingir áquella altura que lhe assignam com justa razão os escriptores allemães.

O direito domestico não é porém a unica porção da personalidade humana que se deva rehabilitar ; ha outra parte igualmente nobre que ahi anda confundida com a propriedade. O homem em sua unidade, fóra do gremio da familia, não está completo ainda ; mas não deve ficar reduzido a simples condição de senhor ou possuidor. Si a sua existencia e liberdade civil são sagradas ao legislador quando se trata da união conjugal e da instituição domestica, devem de sel-o igualmente em qualquer outra expansão da vitalidade juridica.

Prescindo já dos direitos originarios, que são mutilados do codigo civil ; apontarei unicamente o direito de domicilio, a faculdade que tem o homem de estabelecer a sua habitação no lugar que lhe aprouver, e ahi permanecer. Acaso não é esse direito tão sagrado e tão absoluto como o direito o mais real, como o pleno dominio ? A generalidade dos homens não está na necessidade do respeitar a minha casa-domicilio, como a minha casa-propriedade ? Não declara a lei que, em qualquer tempo e em qualquer lugar, eu conservo o meu domicilio, emquanto não o demittir de mim ?

Entretanto esse direito que não se differença do real, senão em ser um de propriedade e outro de li-

berdade, ahi anda mutilado na legislação civil, considerado apenas como um elemento juridico ou um modo de ser da pessoa. Não é entre os direitos que elle apparece, mas nos prolegomenos da legislação, nessa especie de introducção do direito de propriedade, na qual se define o homem civil, isto é, o senhor da cousa! Tal é o desprezo pela outra porção da humanidade do homem!

Finalmente tal divisão da lei civil, além de sua ridicula nomenclatura e difformidade juridica, é arbitraria e fantastica.

A razão que não obstante as vociferações da rotina ha de ser eternamente o supremo criterio da lei, repelle como um indigno sophisma semelhante theoria.

Salta aos olhos que a linha de separação não é uma linha recta e inteira; não é um traço que parta ao meio a massa juridica. Ha duas especies de direito pessoal: o direito pessoal sobre pessoa *circa persona*; e o direito pessoal sobre cousa *circa res*. O direito real, tendo uma natureza mixta, participando do caracter absoluto dos direitos de familia, e do typo material dos direitos á propriedade, fórma por assim dizer uma excepção commum ás duas classes. Ora ninguem que possua idéas elementares de methodologia, dirá que uma excepção parcial possa nunca ser o membro principal de uma divisão, a par da sua regra.

Senão, applique-se a essa divisão a formula contradictoria de Bentham, prova da operação systematica, e se reconhecerá que as partes não são *exhaustivas* ; não encerram em si a mutua negação absoluta. De facto o direito real, direito que tem por objecto a cousa, não é a negação absoluta do direito pessoal, porque ha uma especie deste que tem por objecto a cousa. Direito relativo não é a negação completa do direito absoluto, porque ha direitos absolutos que não entram nessa classe qualificada de absoluto-real.

Para que tal divisão arbitraria fosse uma classificação logica e racional, era necessario completal-a com o membro que lhe mutilaram ; e sendo dous os divisores — a extensão e o objecto do direito, operar sobre cada um, e produzir assim duas divisões distinctas e independentes, mas intimamente ligadas pela unidade do sujeito. Assim a extensão daria em resultado as duas classes — direito absoluto e direito relativo. O objecto daria em resultado o direito real e o direito pessoal. Haveria pois um direito absoluto real e absoluto pessoal ; e outro relativo real, e relativo pessoal.

Mas isso fôra incluir no direito civil o resto da personalidade humana, que foi amputado ; seria restituir a propriedade á sua lei natural ; e o materialismo endurecido por tantos seculos resiste aos recla-

mos da razão.— Aceitamos como um facto consummado todas essas anomalias, verdadeiras incrustações do empirismo juridico. Resignemo-nos á ver mutilada a personalidade humana. E' pois exclusivamente sob o ponto de vista da propriedade que vou examinar se a divisão do direito em real e pessoal é o producto de uma lamentavel confusão.

Começo por estabelecer este axioma da razão: « O direito, qualquer que seja a sua fórma e situação, é sempre obrigatorio para todos, porque é sempre o direito geral de occupação. »

Pergunto eu :— Esse direito não é tão absoluto como o proprio dominio, o rei dos direitos absolutos? Póde alguem impedir o caçador de projectar, a sua vontade sobre a ave que elle tem na mira de sua espingarda? O poder com que elle dispara esse tiro, symbolo da sua occupação, signal de sua vontade, não é o mesmo poder que elle tem sobre a sua arma?

Não ha contestar. Na sua esphera propria cada um dessses direitos é tão vigoroso e tão absoluto como o outro: ambos elles estendem sua acção a todos, *adversus omnes*. A mesma força, a justiça, defende a arma na mão do caçador, como sua propriedade inviolavel, e defende a mão do caçador que desfecha o tiro, como o instrumento sagrado de sua liberdade. Nem se diga que trata-se de um direito geral, do direito de caça; trata-se do direito especial de

apropriar-se daquella caça, da ave certa e determinada, como é certa e determinada a arma, objecto da propriedade.

Talvez no momento em que o caçador vai disparar o tiro, outro homem exercendo o mesmo direito, feriu primeiro a ave, e imprimiu nella através do espaço o cunho de sua vontade, o sello da sua personalidade ; ou talvez a ave zombou do esforço humano, e ganhou a eminencia das nuvens. Si o direito do caçador fôra absoluto, diriam talvez os juriconsultos, elle seguiria a ave onde quer que ella pousasse, e excluiria della qualquer outro direito que a pretendesse sujeitar.

Eis a confusão lamentavel sobre que se basêa a distincção do pretendido direito absoluto. Ninguem pretende que o direito de occupação seja o direito de dominio ; como o direito de dominio, não é o direito de fruição. Cada um tem sua esphera propria. O direito de caça sobre a ave, terminava na execução do acto possessorio ; si este se effectuasse, a propriedade estava adquirida ; cessava a occupação, começava o dominio ; o direito de acquisição, projectado sobre áquella ave, extinguiu-se, como se extinguiria o dominio pela consumpção do seu objecto, pela prescripção, por uma venda em hasta publica. Esse caracter precario, como se extinguiria o dominio sobre

qualquer caça que depois de apanhada fugisse, é essencial á todo o direito especialisado.

Não basta provar que todo o direito é absoluto; demonstra-se igualmente que não podendo o direito permanecer eternamente em repouso, elle ha de no seu desenvolvimento pôr-se em contacto com certas personalidades; e daqui resulta outro axioma: — todo o direito absoluto ha de tornar-se successivamente relativo, conforme as circumstancias.

O direito de dominio de uma cousa, absoluto emquanto está em quietitude, logo que é perturbado ou restringido, torna-se relativo á respeito daquelle agente. Assim proseguindo no mesmo exemplo, si uma pessoa qualquer roubasse a arma do caçador, ou o impedissse de praticar o acto da occupação, qualquer dos direitos anteriormente absolutos se tornava logo relativo pelo facto dessa intervenção extranha. Estabelecia-se immediatamente um vinculo entre o portador do direito e o seu violador para a restituição da cousa ou para a reparação do damno. O caçador podia repellir com a mesma legitimidade a força de que elle era victima; e restaurar na sua plenitude, tanto a sua propriedade, como a sua faculdade de occupação.

Para fugir á essa verdade que os persegue, os legistas empregam um vergonhoso manejo. Elles col-

locam-se em um caso do lado do direito, e cegos pela sua obsição só vêm no extremo desse direito o seu objecto, a cousa; no outro caso saltam para o lado da obrigação, e apresentam como principio e fonte do direito, o vinculo pessoal.

Não é possivel levar-se o absurdo e a materialidade á mais alto ponto.

Pois esse homem, esse desconhecido, que surgiu accidentalmente, é uma pessoa certa e determinada, quando offende a minha liberdade, e torna-se uma pessoa anonyma e indistincta, porque detem um objecto que me pertence? No primeiro caso estabelece-se um vinculo juridico entre elle e mim para a reparação do meu direito offendido: no segundo caso dispensa-se tal vinculo; trata-se a pessoa como um bruto, como um animal damninho que se apoderasse do meu bem?

Nesse ponto a consciencia punge aos legistas; elles confessam que o vinculo juridico existe, mas radicado na cousa que o transmitte á pessoa. E' uma concessão ridicula. Se o vinculo existe, se elle é tão saliente que não é possivel desconhecel-o, porque não attribuil-o á sua verdadeira e nobre origem, á personalidade humana; porque não dizer que elle nasce do acto juridico da liberdade e não do movimento passivo da natureza inerte?

Assim fica respondida a opinião de Ortolan, quando basêa a distincção do direito real e pessoal, no prin-

cipio de não crearem os primeiros mais do que esse dever geral de abstenção que é a garantia commum de todos os direitos, emquanto que os segundos consistem essencialmente na relação de dependencia particular e individual que se estabelece entre o credor e o devedor. Não amputem no direito real o paciente da relação, e não desfigurem no direito pessoal a obrigação; e todos os direitos participarão da mesma natureza, distinguindo-se unicamente pelo seu estado de plenitude ou de restricção.

Resalta deste primeiro estudo, a convicção que se irá aprofundando no espirito, a medida que proseguirmos avante, e penetrarmos no amago da instituição da propriedade. E' a convicção por tantas vezes enunciada, da tyrannia da materia sobre a razão.

Em vez de buscar o principio divisor do direito na sua substancia, na sua essencia, onde reside a virtude, isto é, a força creadora e fecunda, assentou-se a divisão sobre o objecto, que além de apresentar o direito por uma só faceta, está sujeito á variabilidade infinita da natureza livre e espontanea. Tal systema não podia deixar de ser casuistico e hypothetico, subordinando a lei invariavel da razão aos accidentes e vicissitudes da vida animal.

Mas o materialismo não ficou nesse nivel: desceu mais um gráo. No objecto do direito discriminou aquelle que era mais tangivel, mais solido, embora mais

alheio e estranho á personalidade humana, e deu-lhe a virtude, a elle massa bruta, simples argilla, de imprimir no direito, na razão, um cunho especial, um titulo de excellencia ! E' a materia vil que domina a intelligencia, é o corpo que impera sobre a alma. O homem do direito civil é apenas a figura amassada com o limo da terra, sem o espirito divino que o fez homem, *et factus est homo in animam viventem.*

Nessa escala vai a lei civil e a sciencia descendo de degráo em degráo até a extrema baixeza. Ahi forçada pela força irresistivel da verdade, compellida pelos interesses rebeldes que á sombra della se foram gerando é arrastada á um dedalo inextrincavel de contradicções e absurdos onde se perdem os mais vigorosos e possantes engenhos.

De balde tenta ella assumir alguma vez a eminencia que lhe compete ; não o conseguirá emquanto tiver a base de argilla como a estatua de Minos.

Ninguem a desenhou melhor do que Et. Dummond, o distincto traductor de Bentham : « Os civilistas, disse elle, não cessam de raciocinar sobre ficções e dar á essas ficções o mesmo effeito da realidade . . . Os homens são algumas vezes cousas e em qualidade de cousas não são susceptiveis de direito. As cousas são algumas vezes seres que tem direitos e que estão submettidas á obrigações.» Introd. ao Trat. de Legislação.

III

O DOMINIO

Interrogai a legislação civil ou a sciencia para saber o que é dominio ou propriedade plena, e ella vos responderá invariavelmente : é o direito de usar, gozar e dispôr de uma cousa.

Os commentadores diziam *jus utendi, fruendi et abutenti*. A faculdade de dispôr, não é uma parcella do direito proprietario, como o uso, a fruição, e o consumo, mas sim uma parcella de liberdade, se exercendo sobre aquelle primeiro direito. A personalidade humana é unica e indivisivel ; mas desde que se emprega a abstracção para estudal-a e distinguir as suas diversas manifestações ; desde que a lei recebe a classificação scientifica, é preciso guardar toda a fidelidade e coherencia. Ninguem ousaria dizer que a morte é a vida ; e que o suicida pondo termo á existencia pratica um acto de existencia. Equivale ao mesmo dizer que dispondo da propriedade, extinguindo-a, se pratica um acto de propriedade.

Sem duvida o direito de dispôr de uma cousa suppõe o dominio della, como o dominio suppõe a acquisição ; mas desse encadeamento intimo dos actos da personalidade não se segue que sejam todos subordinados ao mesmo principio. Assim como a occupação não é propriedade, e sim acto da liberdade ; tambem

não o é a transferencia. E' a liberdade esse principio fecundante da vida que realisa a constante permuta e a evolução benefica da propriedade do mesmo modo que completa o homem pela união conjugal, e promove a reproducção da especie.

Esta questão não é philosophica no sentido desdenhoso que dão os jurisconsultos á palavra, ella tem uma grande influencia na theoria dos contractos, como observaremos posteriormente. Agora cingidos á materia do dominio vamos ver se desenvolverem os principios da legislação em consequencias praticas de uma injustiça clamarosa.

Quem não conhece e não consagra um culto de gratidão á Guttemberg, á Fulton, á Thomaz — Franklin, a tantos outros bemfeitores da humanidade ? Imaginemos que um homem de genio como elles, havendo consumido em longas e profundas locubrações sua existencia, tendo exhaurido as potencias de sua alma e sacrificado o patrimonio de sua familia, consegue emfim arrancar do desconhecido, do vacuo, uma invenção de alcance igual á da imprensa ou do vapor. Essa invenção tem uma dupla significação. Perante a moral exprime um dever, o dever da creatura para com o Creador que o illuminou e o elegeu instrumento do progresso humanitario. Perante o direito representa uma propriedade ; representa a redempção da miseria, o futuro da prole, a reputação do nome.

Não nos occuparemos aqui em discutir a legitimidade da propriedade immaterial do invento e da descoberta. Ninguem hoje a contesta seriamente; e que a contestem, a logica implacavel dos factos a sanccionou.

Esse miseravel, realisando a descoberta, impregnando a concepção sublime na materia bruta, tira quasi que do nada, de uma substancia vilissima, productos novos de immensa utilidade, que alcançam no mercado um preço avultado.

Para evitar a infidelidade da memoria, e assegurar á sua familia, ao seu pai, e á humanidade, a gloriosa herança, o inventor confiou do papel o segredo da sua invenção. Mas o acaso, uma indiscripção, qualquer circumstancia fortuita poz esse papel na mão de alguem de má fé, que se appropria do trabalho alheio, e commette um furto ignobil e torpe, porque arranca não só a idéa mas o pão amassado com o suor — *aufert in sudore panem.* E que suor? O mais acerbo e o mais cruel, o suor da intelligencia!

Pois bem! Sabeis como a lei civil de povos que se dizem civilisados, neste seculo appellidado das luzes, protege esse proprietario sagrado, autor de um invento, martyr da idéa e do trabalho intellectual, portador de um titulo que não se inscreve, é certo nos cartorios do notario, mas nas actas patrias e nos archivos historicos da humanidade?

Nega-lhe o direito de dominio sobre a sua legitima propriedade, á elle que tem pela razão e pela justiça o *dominio eminente*, soberania do creador sobre a sua creação. a *eminens potestas*, que outr'ora se attribuia aos reis!

Recusou-lhe portanto contra o espoliador as garantias que tem o dono de uma esterqueira immunda, o direito de reivindicar o fructo de seu trabalho, a transubstanciação de uma longa existencias, e de um grande pensamento.

O dono do esterco roubado segue-o pela força de seu direito através do tempo e do espaço. Onde quer que elle esteja lhe pertence : *res ubicumque est suo domino est*. O dominio vivo, embora latente, resiste á violencias ; emquanto não se extinguir pela prescripção, ou pela arrematação, elle continúa radicado no objecto.

Entretanto o inventor expoliado de seu unico bem, não terá mais do que uma acção contra o roubador ; e se esse já houver esbanjado o producto de seu crime, e achar-se em pobreza a reparação será impossivel. Existam embora os machinismos vendidos pelo raptor e nos quaes se realisou a descoberta, o inventor não tem dominio sobre elles.

A causa deste absurdo já é conhecida. O invento não é uma cousa material, não tem corpo ; por con-

seguinte não póde ser a séde de um direito tão nobre como o direito real : esse privilegio é reservado para a materia vil e bruta. *Dominium est jus in re corporale.* Ahi sim, o direito real está no seu alveo natural, na sua base solida. Pouco importa que o homem seja dominado pela razão ; e que a intuição do seu destino os olhos sempre leam no céo :— Prostitua-se o direito aos instinctos brutaes da animalidade : e do instrumento da razão se faça uma sordida especulação.

Entretanto a legislação civil reconhece de ha muito o dominio em algumas obras da intelligencia humana : mas essa conquista da razão sobre o materialismo, si por um lado anima aquelles que esperam pela redempção do direito, por outro entristece offerecendo o triste espectaculo da aberração da intelligencia nos vultos proeminentes. Cedendo ao influxo da razão elles prestam homenagem á materia.

A primaira vez que o trabalho humano appareceu na scena do direito civil, reclamando o titulo dominical, a jurisprudencia estremeceu abalada até os seus fundamentos. Si elle se apresentasse isolado, abstracto das circumstancias externas, não haveria questão ; seria uma prestação, um serviço, e como tal, sujeito ás regras geraes das obrigações. Si tomasse um corpo formado por materia pertencente ao proprio autor, era apenas um caso de accessão industrial regido pelo mesmo principio da accessão natural.

Mas o trabalho se encarnára em uma propriedade alheia ! Era uma estatua. De um lado estava a sujeição material da cousa, o dominio implacavel, seguindo-a como a fatalidade. Do outro o trabalho, a expansão da vitalidade humana, especialmente a arte á qual o povo romano aprendera dos gregos á render cultos. A controversia travou-se entre os jurisconsultos romanos, especialmente entre as duas seitas dos Proculeanos, e dos Sabinianos.

Os primeiros, rendendo homenagem ao principio do dominio, se inclinavam comtudo para o principio do trabalho : entendiam que a cousa mudando de natureza pela transformação que soffria, deixava de existir *mutata forma prope interit substantia rei, L. 26 D. de adq. rer. dom.* Ora a acção de reivindicação não era mais possivel, porque já não tinha objecto *extinctæ res vindicari non possunt* Ao contrario os segundos mantinham o dominio em todos os seus corollarios : elle atacava a essencia da cousa, de modo que quaesquer que fossem as transformações emquanto a materia existisse, ahi estava entranhado o dominio. O trabalho por mais nobre e valioso que fosse adheria á cousa, como nova fórma della. *Accessio cedat principali.* D. 34, 2 L. 93.

Justiniano adoptou um termo médio. Si a cousa podia voltar á sua primeira fórma, ella era reintegrada

no primitivo dominio ; si ao contrario não era possivel restabelecer a antiga fórma, considerava-se mudada a substancia, e por conseguinte extincta a cousa primitiva e formada uma cousa nova que, sendo de ninguem, era logo occupada pelo especificador, *quod factum est antea nullius fuerat. L. 7, § 7. D. de acq. rer. dom.*

Eis como essa decisão é apreciada por Charles Comte :

« O novo objecto fabricado se compõe de uma materia fusivel, ouro, prata, bronze, ferro ou aço ? Pertence ao proprietario da materia, por maior que seja o valor que o artista lhe deu. Compõe-se de páo, marmore, ou qualquer outra materia que não póde ser restituida á sua primeira fórma, é força que seja adjudicada a quem a fabricou. Um artista faz uma estatua equestre do maior preço com bronze que não lhe pertence ; a obra sera do proprietario da materia. Outro transforma um pedaço de páo em tamancos, fica proprietario da materia. Qual é o fundamento dessa decisão ? O proprio Justiniano não o diria. »

Certamente essa doutrina não tem fundamento ; mas teve uma causa que a suscitou : o materialismo. A legislação civil resignou-se a receber no seu gremio, como um direito real, as producções do espirito ; não para render culto á intelligencia humana, a essa di-

vindade da creatura *divinæ particulam auræ.* Bem pouco se inquieta a jurisprudencia com essas nugas. Foi revestindo uma fórma physica, palpavel e solida, que o espirito obteve os fóros do dominio.

Praxiteles não seria senhor da sua Venus, porque a tinha creado : mas por ter especificado uma lasca de marmore que se achava em sua posse, *(in possessione)*.

A prova evidente disso é que se a fórma póde ser desfeita, qualquer que seja o esforço brilhante do genio que a produziu e o valor real que obtenha na estimação publica, a lei manda destruil-a, para restabelecer a cousa no seu anterior estado. Consummou-se uma profanação da arte, uma barbaria ; mas escalpela-se da cousa essa lepra que a infectava, para estabelecer na sua plenitude e magestade, o primeiro dos direitos reaes, o dominio.

Ora o invento não tendo corpo, sendo apenas uma idéa, embora uma idéa possante e formidavel, capaz de revolver o mundo, não podia receber da legislação civil a regalia do dominio : por muito favor se lhe concede um titulo de direito pessoal, ainda bem disputado. O que mais admira, porém, é Kant, tratando da propriedade material, conceder ao editor o direito real sobre os exemplares da obra ; *opus mecanicum* e ao autor apenas o direito pessoal sobre o pensamento da mesma obra *(prestatio operæ)* — 3.ª Sec. § 31.

Honra ao codigo criminal brazileiro, que tanto quanto era possivel na sua esphera reconheceu na propriedade intellectual um verdadeiro direito de dominio; dispondo que o producto material da idéa roubada pertence ao autor expoliado, e constitue sua propriedade plena.

A consciencia magoada pela aspera e marmorea indifferença da lei civil acha felizmente um conforto nos outros ramos da legislação desses mesmos paizes onde se avassalla o direito á cousa.— A lei administrativa dos Estados modernos exagerou-se concedendo um privilegio aos novos inventos e descobertas, e mesmo á introducção daquelles que ainda não forem conhecidos no paiz. Tal foi a reacção que se operou na opinião, que ultrapassou os justos limites do direito. A propriedade anteriormente desconhecida e desrespeitada tornou-se monopolio; atacando assim no coração o mesmo principio da propriedade que se pretendia consagrar.

Embora: esse protesto solemne, ainda que exaggerado produzirá salutares effeitos. O monopolio desapparecerá á seu tempo; e a idéa pura, extreme dessa lia absolutista, ficará gravada na lei.

Neste estudo sobre a propriedade immaterial escrevemos, e a mão não tremeu, uma palavra ousada; uma tremenda heresia no conceito dos jurisconsultos.

— *Reivindicação* da propriedade immaterial!... Estou vendo o sorriso, não direi homerico, mas voltairiano, das dignidades doutouraes arripiadas por semelhante blasphemia.

A economia politica, sciencia moderna, que iniciou nos interesses materiaes a revolução que a philosophia começou no seculo XVIII á respeito dos interesses moraes da humanidade, já resolveu positivamente esse problema que á legislação civil talvez parecesse tão insoluvel como a quadratura do circulo. Mas se ha alguem mais imbuido de preconceitos, mais desdenhoso de tudo quanto não é a sua especialidade, mais escravo da tradição e do costume é o jurisconsulto: basta dizer que é o unico homem que ainda falla a linguagem de Cicero.

E' dogma economico universalmente aceito, que a cousa não figura na riqueza publica ou particular pela substancia de que é formada ou pelas suas qualidades physicas: são condições essas accidentaes, e de competencia industrial.—A relação que se estabelece entre a personalidade humana e a natureza bruta, a somma de gozo que o objecto póde prestar realmente ou que delle se espera apenas, é sem contestação a lei fundamental da propriedade. *Valor*, eis a essencia philosophica, a alma da cousa; eis em resumo a cousa economica e juridica, a verdadeira, a unica e real propriedade.

Vêde o luxo se ostentando naquelle pequeno objecto, que chamam diamante, do volume de uma amendoa. Foi achado ao acaso, na superficie da terra; não serve nem para nutrir o homem, nem para o vestir ou abrigar das intemperies; não concorre para a saude ou simples commodidades. O unico prestimo industrial que se lhe descobriu até hoje foi o de aparar os vidros para os caixilhos. Mas elle satisfaz uma necessidade moral imperiosa que a sociedade creou; é um traste de luxo. O dono dessa propriedade fechada na mão é maior proprietario do que o senhor de dez leguas de terra uberrima situada nas margens do Amazonas.

Pois uma pequena pedra, uma joia, merecerá perante a lei maior protecção do que a propriedade immovel, do que uma fracção do territorio nacional, do solo, da patria? Como symbolos de um direito ambos são igualmente sagrados; como propriedades é a sociedade, é a vida humana que determina e attribue á esse insignificante objecto uma utilidade moral mais importante do que a utilidade real; dando-lhe o valor da subsistencia de muitas familias, a lei plaina mais alto conserva-se na esphera do direito; garante o principio da propriedade, e não desce ás questões incidentes do objecto da materia.

O que é a propriedade nessa pequena pedra? É o seu insignificante volume? A sua rigidez? O seu brilho? São emfim as suas qualidades physicas? De

fórma alguma : é o valor, e unicamente o valor. Esse consulta sem duvida as qualidades physicas da cousa ; mas o seu determinador absoluto é a sociedade, a opinião ou a necessidade publica. Se amanhã a moda introduzir de repente um novo systema de calçado, embora mais incommodo que o actual, immediatamente a mercadoria existente perderá consideravelmente de seu valor, embora a sua utilidade material não variasse.

Para aferir através de sua constante mobilidade o valor das cousas, creou a sociedade um valor padrão e modelo ; um aferidor geral de tudo quanto é susceptivel de permuta para a satisfação das necessidades physicas ou moraes. O numerario — de *numus*— é o representante de qualquer valor, e por conseguinte de qualquer cousa.

Quando pois um individuo rouba ao genio o seu invento, e com elle fabrica objectos preciosos, ou aufere lucros enormes ; não são esses valores, qualquer que seja a fórma por que se apresentem, a incarnação da propriedade immaterial, a verdadeira séde de um dominio ? Não deve por conseguinte ter o proprietario da descoberta o direito de reivindicação só a respeito desses valores creados por elle, porque foram creados com sua idéa ?

Si vós reconheceis com Justiniano que o pintor que fazia um retrato sobre uma tela alheia era o unico pro-

prietario do quadro; porque recusar o mesmo direito ao autor da idéa usurpada? Em um e outro caso é a propriedade intellectual assimillando a propriedade bruta. Demais, assim como no direito romano se admittia a reivindicação util em favor do que já não era proprietario, como do dono da tela contra o pintor, porque recusar isso ao autor do invento? E' a mesma conjectura.

Vimos excluida do dominio uma propriedade nobre só porque não tem uma substancia material; mas ainda nesse circulo de ferro da materialidade, a legislação gradua o favor que concede á propriedade pela sua maior intensidade physica. Neste ponto é logica.

Procuro o meu exemplo desta vez na classe dos verdadeiros proprietarios, dos senhores — *domini*, segundo a rigorosa significação do termo. Um lavrador, podendo dispensar por algum tempo o uso de uma certa quantidade de milho destinada para o seu consummo, e de uma vacca de leite, cede por um prazo estipulado o seu uso ao seu vizinho, mediante uma justa retribuição, correspondente ás vantagens que o cessionario retira da propriedade alheia. Entende o lavrador que, estando no gozo de sua liberdade e sendo estes objectos sua propriedade legitima, plena e indisputavel, póde dispôr dellas como lhe aprouver; e portanto dispondo apenas do uso temporario della, continúa, senhor como era.

Pobre illudido! A lei, que por escarneo o chama de livre, se incumbe de o tutellar como se fôra uma criança. Começa logo prohibindo-lhe receber pelo emprestimo da vacca, uma retribuição como pelo emprestimo do milho. Se elle teimar em receber essa retribuição, em vez de um emprestimo o seu contracto se chamará de locação. Depois declara que a propriedade do milho fica transferida, embora o seu dono não a queira de modo algum transferir; ou a ha de transferir ou não a ha de emprestar. Quanto á propriedade da vacca, ou emprestada gratuitamente ou onerosamente, essa é conservada, embora o seu dono não tenha feito declaração alguma.

Pois a mesma convenção feita com o mesmo fim e a mesma intenção, entre as mesmas pessoas, varia assim arbitrariamente, só porque a lei o manda? O direito de propriedade sagrado emquanto se incorpora neste objecto, evapora-se logo que é representado por aquelle outro? Que justiça é essa que nos priva com a mão esquerda do que nos garante com a direita?

Para responder a esta interpellação do bom senso, a jurisprudencia se lançará em um dedalo de distincções subtis, capaz de enleiar o mais vigoroso espirito. Ella nos ensinará que sendo o milho uma dessas cousas que se consomem com o uso — *quœ ipso usu consummuntur*, o lávrador emprestando-a transferia a propriedade, sem o que ella não podia ser legitima-

mente usada. Do que é meu eu faço portanto teu — *ex meo tuum* ; celebro um contracto de *mutuo*, ou emprestimo de consumo. O outro contracto, nos dirá ainda a jurisprudencia, é um emprestimo de uso, um emprestimo para commodidade — *commodatus* ; não se consumindo a vacca com o uso que della foi cedido, a pessoa que a recebeu é obrigada a restituil-a individualmente, *ea re ipsa restituenda* ; portanto o lavrador conservava a propriedade.

Mas se o bom senso replicar : — Porque motivo não se póde emprestar mediante uma retribuição, e comtudo póde-se alugar com as mesmas condições e segurança? Para que se inventaram tantos nomes para designar convenções que na sua essencia são absolutamente identicas, embora variem na materia? Porque razão não é permittido alugar o milho assim como se empresta, visto que esses contractos não tem a menor differença?

A jurisprudencia não ficará muda ; não. Ella proseguirá impavida através do inextricavel labyrintho de suas theorias á respeito de contractos ; classificará as convenções em convenções de dar e fazer ; em contractos nominaes e litteraes ; mostrará as differenças entre o commodato e a locação. Teremos occasião depois de apreciar a inutilidade de um tão complicado mecanismo ; por emquanto observaremos apenas que todo esse luxo de distincções e subtileza, toda essa

metaphysica de palavras vãas tem sua causa primeira e fundamental na materia, em uma qualidade physica dos corpos a sua fungibilidade ou solidez.

A legislação é coherente ainda, merito que brevemente perderá. Tendo baseado o direito pleno da propriedade o dominio sobre a cousa, sem attenção á pessoa; era logico que esse direito se tornasse mais precario e se extinguisse mesmo, conforme o seu objecto fosse mais rijo e solido, mais cousa em uma palavra.

Mas o espirito humano não se desvia impunemente do caminho da verdade; ainda vagando sem tino, elle paga aos principios eternos da justiça um tributo infallivel.

Por isso a lei civil, ao passo que baseava sobre a qualidade physica da cousa uma tão importante distincção juridica, sacrificando assim o elemento racional á materia, de repente, coagida pela consciencia e forçada pela necessidade, submette a distincção physica á vontade humana.

As cousas civilmente fungiveis nao correspondem ás cousas naturalmente fungiveis, no sentido verdadeiro da palavra. Bem futil é a cera que se volatilisa no ar apenas aberto o vaso, e entretanto uma imagem della feita é civilmente infungivel. Ao contrario, o dinheiro amoedado em ouro ou prata, metaes da maior solidez,

que resistem seculos á acção do tempo e ao attrito das mãos; o dinheiro é civilmente um objecto de essencia fungivel, porque como o define Achenwall, é um objecto de que só se póde fazer uso alienando. (Kant cit.)

A incoherencia continúa. Não só a lei inverteu a distincção natural e physica; mas deu á vontade individual o poder de fazer a cousa fungivel ou não conforme o seu interesse ou o seu bel prazer. Assim o dinheiro, esse objecto essencialmente futil, póde tornar-se infungivel e portanto dar lugar á um commodato e a uma locação, desde que fôr cedido para a marcação de pontos no jogo, ou para simples ostentação *(ad pompam, et ostentationem.)* No mesmo caso o vinho que se cedesse para figurar sómente em um jantar. Por outro lado a madeira, a pedra de cantaria, objectos notaveis pela sua solidez physica se tornariam fungiveis, se fossem emprestadas como lenha ou material de uma construcção.

Ainda mais, e aqui se patentêa a insensatez da lei: não é só a vontade consensual de ambos contractantes que muda a natureza da cousa. Si o individuo que omou por emprestimo o vinho para o consumir, por uma circumstancia qualquer não o consome, e fica em ser: o objecto qualificado no contracto de fungivel, deixa de sel-o. O devedor o restituiria, embora segundo os jurisconsultos se obrigasse a dar outro objecto equivalente e não o mesmo.

Essa confusão e incerteza cessariam como por encanto, e a luz se faria no cahos juridico, desde que se libertasse o direito dessa tyrannia da cousa.

Si, como o demonstra a economia politica e o attesta o universo industrial, a verdadeira propriedade é esse elo immaterial, intangivel, que se estabelece entre a necessidade do homem e o prestimo da cousa; é claro que pouco importa para o direito a natureza physica do seu objecto; pois que esse objecto em resumo é um e unico—é o valor da propriedade, qualquer que ella seja.

Quando o lavrador emprestou seu milho e sua vacca, elle não dispoz, perante a razão e o direito, de uma fórma physica, fungivel ou infungivel, liquida ou solida, vegetal ou animal:—dispoz sim de sua propriedade, do valor desses objectos, da somma de utilidade nelles representada. Portanto ainda que a cousa mude de substancia e consuma-se, elle não perde a sua propriedade, e o valor da cousa emprestada. O seu dominio não se extingue, e não é substituido pelo direito pessoal, como manda a lei. Ao contrario esse dominio fica radicado em uma parte do patrimonio do devedor, accrescido com o bem do mutuario.

O mutuario possuia até a hora em que fez o contracto um haver correspondente á cem; recebe do mutuante um valor correspondente a vinte que lhe é transferido; em troca desse valor contrahe uma obrigação

de restituir no fim de certo tempo não só o valor de vinte, como mais cinco de premio ou aluguel.

A razão pura dirá que esse individuo no momento em que celebrou o contracto ficou com o valor do seu patrimonio reduzido a noventa e cinco de cem que era. A legislação diz que elle fica mais rico do que era, pois addiciona ao que tinha o alheio, e contrahe apenas uma obrigação.

A jurisprudencia ainda não se compenetrou da missão desse agente da permuta e por conseguinte do direito, que se chama numerario. Medindo diariamente e a cada hora os valores, marcando á cada necessidade o seu preço, e a cada gozo o seu custo, elle nivela todas as cousas, dá corpo ás que o não tem, solidifica as fungiveis, inobilisa as inertes, fixa as inconstantes, emfim as reduz ao seu typo unico e actual, ao seu preço — algarismo do valor.

Essa verdade não escapou ao profundo espirito de observação de Montesquieu. « Nos paizes onde não ha moeda o roubador não rouba senão cousas e as cousas não se assemelham. Nos paizes onde ha moeda o roubador rouba signaes, e os signaes se assemelham sempre » Liv. 18 Cap. 16 Esp. das Leis.

Substitua-se a palavra roubar, por qualquer outra que exprima uma relação juridica, e o pensamento do sabio escriptor será a mesma eterna verdade. O mu-

tuario não empresta senão signaes; e como todos os signaes se assemelham, o dominio do mutuante filia-se em quaesquer signaes que se achem no poder do mutuario.

Propriedade, diz o digesto popular das leis inglezas, é tudo que possuimos e que tem um preço.

Perguntai ao legislador em que base assenta elle o imposto; por onde calcula a taxa dos objectos de consumo, ou dos predios e bens territoriaes; e elle vos dirá que pelo valor delles, representado em dinheiro, sem attenção a sua fórma ou substancia material. Perguntai ao legislador criminal qual é a medida da reparação do crime e da indemnisação e elle vos dirá que o valor, expresso em algarismo Essa anonymia ou melhor essa especie de methempsycose do dinheiro, que apenas consumido se encarna em qualquer outro objecto, não póde ser contestada. Um homem precisa de repente de pão, ou de qualquer outro objecto; elle o tem á mão; appropria-se delle: e deixa em seu lugar o seu justo preço, aquelle que o objecto poderia valer. Esse homem commetteu um furto? Ninguem o dirá: O dinheiro é o representante da cousa extorquida, e se tiver o justo valor para comprar outra cousa perfeitamente igual é a mesma propriedade. O que é offendido é a vossa liberdade, não a propriedade.

Veremos posteriormente como a legislação nos vai dar razão na instituição do penhor. Urge responder a

objecção com que nos fulmina a jurisprudencia. Com essa maneira de entender a propriedade, como descriminaes o mutuo do commodato? Como regulais a responsabilidade do que recebe a cousa emprestada no caso de um sinistro?

O mutuario fica sem duvida liberado da obrigação provando que o objecto emprestado ou qualquer outro obtido com o seu valor pereceu por força maior; visto que nesse caso tem lugar a applicação da regra *res perit domino?*

Respondo-vos que não ha necessidade de distinguir duas cousas que são uma e a mesma — o emprestimo; que a responsabilidade do devedor é regulada pela vontade livre do proprietario, o qual póde correr o risco quér se trate de cousa fungivel, quér se trate de cousa infungivel.

Eu posso emprestar um cavallo para uma corrida declarando que se elle perecer em virtude de qualquer sinistro perece por conta do devedor; e posso emprestar dinheiro para uma especulação soffrendo a contigencia della como no caso do risco maritimo.

Se não houver declaração da parte, é claro que o contracto segue a regra geral, — a propriedade deve ser restituida, quando não tiver perecido por força maior. Ora sendo a propriedade emprestada no mutuo um valor representado por dinheiro, e não certo e determinado

objecto, só póde ser considerada ter perecida, quando o mutuario haja perdido para sempre todo o seu patrimonio, porque a menor parte delle que reste ou que renasce, cahe immediatamente debaixo do dominio suspenso.

Este modo de encarar o dominio é mais simples, mais claro e mais logico. O direito de propriedade é garantido na sua plenitude ; a liberdade do senhor deixa de ser coarctada ; a convenção é mais racional, mais despida de formulas ; porém isso fôra a morte da jurisprudencia. A legislação seria subvertida desde os seus fundamentos,

Deixai que ella se repaste como o verme na materia; não procureis eleval-a á esphera sublime do direito. Gravita como o corpo para a terra.

CAPITULO IV

A HYPOTHECA

Havendo desnaturado a propriedade, e sacrificado á materia os fóros da personalidade humana, a lei civil sentiu revoltar-se contra tão flagrante injustiça a grande massa das victimas de sua prepotencia, dos proprietarios defraudados de seu direito de dominio, e desprotegidos contra a má fé.

Em vez de, assim advertida pelo clamor publico, penetrar a profundeza desse abysmo por ella cavado, e corrigir o seu erro, proseguiu impavida na carreira encetada. *Abyssus abyssum invocat.* Para attenuar o mal proveniente do mutuo, e dar ao proprietario do bem mutuado uma garantia, instituiu-se um novo contracto, pelo qual o dominio da cousa mutuada e que se extinguiu pelo emprestimo de consumo, transferia-se para uma outra cousa que se achava no patrimonio do mutuario.

A inutilidade de semelhante contracto salta aos olhos: — elle não é mais do que um corollario do mutuo, sujeito á vontade das partes. Mas esse luxo de formulas, essa filagrana de palavras, não é nada

á vista das terriveis consequencias que se desenvolveram desse germen funesto. Foi o virus de um cancro que se inoculou no corpo da lei civil, e que até hoje ainda não houve escalpello que o extirpasse.

Esse contracto nasceu, como todas as primitivas instituições, da observação pratica de uma serie de factos. O seu primeiro nome latino — *pignus* — conserva intacta a fórma material que o revestia na sua origem; era o acto pelo qual o credor empenhava a cousa, como garantia de sua propriedade: era ainda uma variação já remota do *mancipium*. Vimos como desse primeiro acto civil derivou-se o vinculo — *nexum*, que gera successivamente a captura da cousa, *pignoris captio* e a cessão juridica — *cessio in jure*. Posteriormente esse direito violento do credor modifica-se; em lugar de tirar a sua força da simples obrigação, torna-se dependente de um contracto. A captura do penhor — *pignoris captio* — é substituida pelo offerecimento do penhor — *pignoris datio*.

Em principio o objecto dado em penhor passava effectivamente para o poder do credor; entrava na sua posse real. Mas sendo isso muitas vezes difficil ou inconveniente, começou o uso de ficar a cousa sob a guarda do proprio devedor, passando comtudo a posse symbolica ou ideal para o credor. Essa é a verdadeira significação da palavra grega — *hypotheca* — introduzida no vocabulario juridico romano para exprimir

aquella variedade do contracto ; e não para designar o penhor do bem immovel.

Ultimamente, como na Grecia costumavam marcar com um marco-padrão os predios *sob guarda*, a palavra *hypotheca* passou a designar especialmente o penhor dos bens de raiz, continuando o penhor dos bens moveis a ter a antiga denominação. Outra variação do contracto ainda foi introduzida, sob o nome de *antichrese ;* ella dá-se quando além do onus da cousa penhorada, o devedor cede ao credor o usufructo ou simplesmente o uso.

Desto contracto resulta um direito real imperfeito, porque tem por objecto a cousa alheia : — *jura in re aliena,* ao contrario ao dominio — *jus in re propria.*

Nesto estudo se considera esta qualidade de direito real em sua essencia, sem attenção ás variações do contracto ; e para designal-o, se aceitou de preferencia o titulo de *hypotheca* por ser aquelle que adquiriu modernamente tão grande importancia, completando a constituição da propriedade fundada sobre o dominio. Assim é que actualmente se designa sob a epigraphe de *systema hypothecario,* a organisação e o mecanismo de todos os direitos reaes. Entenda-se que trata-se aqui do direito real pignoraticio — quér elle provenha quér do penhor quér da hypotheca, que no fundo são o mesmo contracto. — *Inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt.*

Começo este estudo sob a invocação de um grande nome. Dizia Napoleão, no conselho de Estado: — « O titulo da hypotheca não é um codigo particular, mas uma parte do codigo civil, não se podem pois estabelecer aqui principios de justiça civil diversos dos que foram consagrados nos outros titulos. » Essa intuição logica de um grande espirito, nós a queriamos ver realisada em mais vasta escala; que a voz possante de um sabio legislador diga. — « Não ha outra justiça senão a eterna e absoluta, de que a justiça civil é filha legitima e não espuria. » Que o povo escute essa voz; e a sociedado civil se transformará.

A primeira reflexão que suscita o estudo dessa especie de direito real na cousa alheia *(jura in re aliena)* é a sua constituição methaphysica. Dizem que elle é formado por uma fracção do dominio que se destaca e passa do senhor ao credor, e em virtude, da qual a propriedade se torna inalienavel, durante a existencia da obrigação. A inalienabilidade é sem duvida o unico effeito da hypotheca, o unico beneficio do credor, a unica obrigação do devedor. A clausula relativa ao uso e fructo chamada antichrese é superposição de um novo contracto, da locação.

Si pois o senhor da cousa pelo facto da hypotheca não soffre a minima restricção no uso e fruição da sua propriedade; se elle póde até abusar della, des-

truil-a, sem commetter furto contra o credor ; vê-se muito claramente que o direito proveniente da hypotheca não póde de modo algum ser um direito real — *jus in re* —, pois não tem sua séde na cousa.

Ao contrario é um direito personalissimo, porque produz uma limitação na liberdade apenas do devedor e de modo algum na sua propriedade.

Já se demonstrou que a faculdade de dispôr e tansferir o bem, não é parcella do direito de propriedade, mas sim do direito de liberdade. Essa demonstração tira maior força dos proprios principios consagrados na lei civil. O menor, o interdicto, gozam de um dominio pleno e absoluto sobre os seus bens; retiram delles todo o uso e fructo ; compete-lhes a acção de reivindicação contra qualquer detentor desses bens. Entretanto lhes é recusada a administração, e o direito de dispôr; isto é, o exercicio da liberdade para o qual lhes falta a capacidade juridica.

O bem hypothecado acha-se pois na mesma situação do bem do interdicto — não póde ser alienado : o que prova á evidencia a verdade enunciada — que o effeito da hypotheca nasce da mesma causa que o effeito da interdicção ; isto é, de uma restricção da liberdade individual, com a differença que em um caso essa restricção provém de um facto natural, em outro de um acto juridico.

Não ha necessidade de levar mais longe esta demonstração; a lei civil nos dará razão breve, transportando a hypotheca da cousa sobre a pessoa. Penetremos já no cahos formado por essa desastrosa instituição.

Um homem exhausto de forças, miseravel, talvez enfermo, é soccorrido por outro, que lhe empresta o necessario para a sua cura e subsistencia até que possa voltar ao trabalho. Nesse acto o credor é movido, é certo, pelo seu interesse, pela confiança que deposita na pericia do artista enfermo; mas não deixa de consultar os estimulos nobres do coração. O devedor não tem outra garantia á dar, além de esperanças; e essas não são materia hypothecavel.

Correm os tempos. O artista restabelecido adquire de repente pela sua industria, ou por doação alguns bens e, impellido pela ambição ou por qualquer circumstancia fortuita, hypotheca estes bens á um novo credor mediante juros enormes. O dinheiro proveniente desse ultimo emprestimo é consumido na satisfação, quem sabe ?— de torpes vicios e paixões desregradas.

Como são essas relações juridicas apreciadas pela lei civil, por essa mesma lei que em breve se vai mostrar ridiculamente sentimental, sacrificando a justiça a uma falsa compaixão ?

Ao homem que conservou uma existencia á sociedade e á familia; que, promovendo o seu interesse, praticou uma obra de caridade; ao primeiro credor que, soccorrendo o artista, foi o garante da acquisição posterior; a esse a lei nega o direito real, e concede-lhe apenas um misero direito pessoal, sujeito á mil eventualidades. Ao outro, ao usurario talvez, ao segundo credor, que, no rigor da justiça, fez um contracto nullo sobre haveres que o artista já não possuia; a esse, talvez usurario e especulador, que veiu acoroçoar o vicio e a improbidade; a lei confere-lhe o direito real, e como corollario infallivel — a preferencia.

Nem sequer partilha; a um tudo, a outro nadá. A quem restituiu a sociedade um membro util, a sociedade paga, despojando do que é rigorosamente seu. A quem, ao contrario, prescindiu da creatura racional, e ateve-se unicamente á cousa, á materia bruta, a sociedade protege e privilegia! Como é generosa e animadora uma lei que esmaga assim o coração humano, sob o peso da mais sordida cobiça! A jurisprudencia não cura de homens, mas de proprietarios. No gremio da lei civil, onde se acolhem as puras affeições domesticas, o sentimento não é de mais; e elle ahi figura em muitos codigos (o francez), sob o nome de *equidade*.

Mas não é ella só, a equidade, é a severa justiça que, indignada, condemna semelhante postergação

do direito. Os bens do devedor representavam a propriedade do primeiro credor ; embora se achassem no poder do antigo senhor, a posse symbolica se transferira ; portanto, esses bens alheios não podiam ser objecto da hypotheca celebrada posteriormente, senão na parte excedente, caso houvesse. Em outros termos, o primeiro credor tinha a hypotheca natural, legitima, racional, que é o resultado logico do emprestimo : o segundo tem a hypotheca artificial, nulla e absurda, imposta á força pelo legislador.

Dirá talvez a jurisprudencia : — « O contracto de hypotheca é livre e franco á todos os que podem emprestar. A lei não obriga a ninguem a emprestar sem hypotheca. Onde está, pois, a injustiça ? »

Em uma falsidade. Nem todos podem emprestar sobre hypotheca : e a jurisprudencia bem o sabe, pois, é sobre essa exclusão que se funda o seu systema hypothecario. Começa a lei por exigir como substancia desse contracto a intervenção de um official publico e outras formulas onerosas. Demais, si o devedor não possue immoveis, terá de entregar o penhor movel, cuja guarda, sendo arriscada e incommoda, difficulta a transacção. A experiencia tem demonstrado que poucos objectos moveis, taes como os mineraes, de diminuto volume e nenhum consumo, são recebidos civilmente em penhor. Está entendido que não me re-

firo aos estabelecimentos mercantis desta natureza, que tem suas leis especiaes.

Portanto, a hypotheca é só concedida aos credores de pessoas que possuem bens immoveis ; e o penhor aos estabelecimentos apropriados, ou aos credores de pessoas que possuem joias e outros iguaes objectos. Destes favorecidos, temos ainda á diminuir um grande numero de credores cuja divida formada de parcellas diminutissimas, que se vão successivamente agglomerando, não podem dar lugar á hypotheca senão depois que attingem uma certa importancia. Neste numero conta-se a loja, o açougue, a padaria, a taberna, a botica, e todos esses pequenos e numerosos fornecedores da subsistencia diaria.

Emfim, a pratica, a theoria dos factos que responda á jurisprudencia. Em que paiz do mundo a divida mutuaria (sem fallar da mercantil), não é maior do que a hypothecaria ? E será razoavel crer que a sociedade civil de todos os paizes levasse a estultice a ponto de preferir á garantia plena de sua divida, a uma simples obrigação, se aquella garantia fosse sempre exequivel e facil a todos que della necessitassem ? Qual seria a razão de tal necedade ? O maior premio offerecido pelo devedor ? Não, porque, á excepção da Allemanha, em todos os paizes a taxa do emprestimo hypothecario é muito mais elevada do que o premio

do mutuo simples; e esse tem sido o grande obstaculo com que luctam as instituições de credito territorial.

Era pela observação destes factos que Begot Preameneu dizia no conselho de estado, nas celebres conferencias em que se discutia o titulo das hypothecas: — «Devemos partir de uma idéa, que a experiencia tem sempre confirmado; é que o credor emprega sempre todos os meios de que dispõe, afim de não correr o menor risco; seu interesse lh'o ordena; e é lei.»

Si, pois, a lei do interesse, que devia levar o credor a buscar sempre a garantia hypothecaria, não se realisa, é porque encontra um serio obstaculo; é porque a hypotheca não está ao alcance de qualquer individuo. E demais, si essa garantia era franca á qualquer, porque não estabelecel-a como o corollario natural da divida?

A iniquidade da hypotheca augmenta á medida que se prosegue no exame de tão extravagante instituição.

Até aqui a hypotheca nos tem apparecido como um contracto; ella apresenta, porém, um outro aspecto ainda mais curioso e absurdo. A lei, attenda-se bem, a mesma lei que desnaturou o mutuo, negando-lhe a segurança necessaria, leva agora a sua tyrannia ao ponto de impor a hypotheca em certos casos, in-

dependente da vontade das partes. Essa nova hypotheca, especie de convenção tacita, se divide em hypotheca judiciaria e hypotheca legal ; mas, no fundo, ellas derivam do mesmo principio : se engendram no mesmo seio da lei.

Examinemos a primeira.

Acha-se no direito romano a origem da hypotheca judiciaria na *missio in possessione* que o credor obtinha do juiz a respeito dos bens do devedor. Essa immissão na posse não era a adjudicação, mas simplesmente uma segurança, *rei servandæ causa*. Era verdadeiramente o penhor ou hypotheca, de pequena duração, quinze a trinta dias, emquanto se procedia a venda publica. A designação de *judiciaria*, e o seu caracter permanente, são innovações do XVI seculo : é desde essa data que ella figura na legislação como uma especie de hypotheca.

A legislação civil não podia render, ella mesma, uma homenagem mais expressiva á verdade por ella desconhecida, e dar, portanto, uma prova cabal de seu erro, do que instituindo a hypotheca judiciaria. Realmente, attribuir a toda a sentença, proferida á respeito de qualquer obrigação, a força de radicar desde o momento da sua publicação, um direito real na propriedade do devedor, é reconhecer cabalmente, embora tarde, que esse direito real, longe de ser um

privilegio dominical, é um corollario natural, infallivel da obrigação.

A sentença não é mais do que o reconhecimento do direito. O poder judiciario condemnando não faz mais do que imprimir no direito individual a força publica, afim de que elle se realise na sua plenitude. Não ha a minima alteração da obrigação ; ella não muda de natureza nem de objecto. Por conseguinte a hypotheca produzida pela sentença não pode ter outra causa e outra fonte senão o mesmo direito do credor.

Ora, fôra mais logico e mais racional entranhar o direito real, ou essa fracção de dominio na propria obrigação, do que fazel-a dependente da sentença. A consequencia, deste erro é, e não podia deixar de ser, o absurdo. Um devedor está obrigado para com dous credores ; um de cujo credito elle duvida por boas razões ; outro cujo credito elle reconhece e está prompto a satisfazer, esperando apenas a acquisição de certos bens ou a venda proveitosa de outros. O primeiro credor, o duvidoso, se apressa e obtem condemnação em primeira instancia. Querem ver o absurdo? O direito reconhecido, confesso, é um direito pessoal ; porque não foi sanccionado por uma sentença ao menos de preceito ; o direito contestado, cujo reconhecimento foi obtido pela força, é um direito real.

Não parece que tudo isto foi ideado pela gente de beca para haver as gordas propinas do officio ? Pretenderão acaso que o direito se retempere no cadinho da justiça, onde tantas vezes se derrete o ouro dos litigantes ?

Eis o que dizia no parlamento belga a commissão incumbida de examinar o projecto hypothecario, para justificar a suppressão da hypotheca judiciaria : « E' injusto que um dos credores, talvez aquelle cujo credito é menos antigo, possa de certo modo crear para si um titulo que o tire da linha dos outros credores cuja sorte devêra partilhar ; que possa desenvolvendo mais rigor contra o devedor commum, attribuir á si unicamente tudo o que o devedor possue e deixar nada ou, quasi nada á seus credores. A hypotheca judiciaria será uma especie de premio concedido áquelle que, só consultando o seu interesse, foi o primeiro á destruir o credito do devedor ? » (Cit. por Persil, pag. 75.)

Singular coincidencia, que entretanto se explica por um fatal emperramento da jurisprudencia. De todas essas hydras civis chamadas hypothecas, a mais liberal e a menos aristocratica, pois estava mais ao alcance de todos, e tendia a nivelar as obrigações, foi justamente aquella contra quem se desencadeou nos ultimos tempos a indignação geral. Vimos o que se dizia no parlamento belga ; a commissão franceza ia

mais adiante e declarava que a não ser decretada a extincção, considerava impossivel a instituição do credito territorial. Essa revolução, da qual teremos adiante occasião de occupar-nos, penetrou-nos tambem; a hypotheca judiciaria acaba de ser riscada da legislação brazileira, embora não completamente. (Lei n. 1237 de 24 de Set. de 1864, art. 3.° § 12.)

Chegamos á hypotheca legal.

Foi á sombra do mais nobre dos sentimentos que a hypotheca legal insinuou-se como uma serpe na legislação civil. *Interest reipublicæ dotes mulierum salvas esse*, dizia-se no foro romano, e seculos depois Cambaceres reproduzia o mesmo pensamento perante os legisladores da França: « Interessa ao estado que as mulheres não percam seu dote, e que os menores não sejam despojados do seu patrimonio. »

Para estender o manto protector da lei sobre tão sagrados interesses, os jurisconsultos romanos naquelles tempos de infancia para a administração publica, cingidos aos estreitos limites do direito civil, recorreram ao penhor. Não é generoso censural-os; não podiam mais.

Os seus successores e com especialidade a França, que legislou para metade do mundo moderno, essa carrega com a responsabilidade de não haver collocado sobre suas verdadeiras bases a familia moderna.

A tradição exerce no mundo das idéas uma acção muito semelhante a da compressão atmospherica ; é a compressão moral dos factos sobre as idéas, do habito sobre o pensamento. A intelligencia sob esse peso sente-se fatigada e entorpecida ; esquece-se de cogitar, aceitando cegamente o que outros anteriormente meditaram. A' essa influencia nociva se attribue a impunidade com que o absurdo, uma vez radicado na lei civil, vai passando de idade em idade, recebendo em vez da repulsa, a sancção dos homens mais notaveis.

Assim propagou-se a hypotheca legal ; e propagou-se não só através do tempo, mas em relação a sua competencia. Admittida em principio como um mal necessario para a protecção dos interesses sagrados de creaturas frageis como o orphão e a mulher, foi logo reclamada por outros interesses não menos sagrados. O Estado em primeiro lugar, depois as victimas do crime, os coherdeiros, as corporações de mão-morta, todos esses direitos vieram abrigar-se sob essa especie de policia civil.

E' porém no coração da hypotheca legal, na sua parte mais nobre e mais generosa e mais interessante, na protecção á mulher e ao orphão, que ella é atacada e mal ferida pelo bom senso. Não é necessario aproveitar os argumentos poderosos, que o facto da sua applicação á outra classe de interesses fornece em abundancia.

Interessa ao Estado sem duvida, como dizia Cambacères, interessa intensa e profundamente que a mulher, a creatura fragil e delicada, seja respeitada no desempenho das suas nobres e importantes funcções de esposa e mãi. Interessa igualmente que o ente desvalido da razão e da força, ou pela idade ou pela desventura, goze do seu titulo de homem, embora o não possa exercer. Releva em uma palavra que o maior respeito cerque esses direitos melindrosos, de modo que elles sintam em torno de si, não só a fria impassibilidade da lei, porém alguma cousa de doce e tepido, como o calor de um regaço materno, como a nobre solicitude da mãi patria.

Abrigar esses direitos susceptiveis e formar-lhes o seio na lei, é por certo a gloria mais pura e resplendente á que póde aspirar o legislador civil ; para conquistal-a, não é muito que elle exhaurisse as potencias de sua alma.

Mas onde foi a jurisprudencia assentar essa arca santa da sociedade, essa religião civil, culto do direito? Na parte mais escabrosa e abrupta da legislação civil. na instituição da hypotheca !

Desgraçada ! Não viu que, elevando o direito protegido sobre a ruina de tantos outros direitos, ella irritava a massa de interesses offendidos e sacrificados, e arrancava um coro de maldição contra aquelles objec-

tos, que ella, insensata, quiz fazer respeitar! Não se lembrou que essa protecção irrisoria dada á mulher e ao orphão iam ser o germen fatal das dissidencias intestinas da familia, da fraude e do crime!

Desçamos já aos factos, nivelemo-nos com a pratica, para que não digam que declamamos.

Quando o bom senso se revolta vendo um credor legitimo de repente espoliado do que em rigor lhe pertence pelo facto de contrahir o seu devedor uma hypotheca convencional, os civilistas pugnam por essa especie de justiça de sua invenção; o credor não tem razão de queixa, exigisse hypotheca. De que servia porém essa hypotheca, se vós mesmo á destruis erigindo uma nova hypotheca mais forte, que destroe a primeira, em favor da mulher, do menor e de outros?

« E' um mal necessario. » Ainda bem; desta vez tira-se a mascara. Um mal necessario! A lei não póde crear males, á pretexto de necessidade, sob pena de mentir á sua origem, e aviltar-se. Ella é a expressão da justiça, o principio da harmonia, o equilibrio de todos os direitos; só conhece o mal para punil-o e reparar o seu effeito. Nenhum direito é mais sagrado do que outro, e recommende-se elle por qualquer titulo eminente, não deve elevar-se como parasita com a seiva alheia. Ante á justiça não ha graduação de direito; não ha mais nem menos direito. O direito é a verdade: a verdade é uma

unica, filha de Deus. Demais, ainda resta provar que não houvesse um remedio para esse mal; que os interesses do menor e da mulher só possam ser protegidos com sacrificio dos outros credores, por meio da hypotheca legal.

Quanto custa entretanto á mulher e ao orphão essa protecção perfida que lhe dá a sociedade com a hypotheca legal! Alli é um marido que, para obter a assignatura da mulher nas transacções de bens de raiz, ora se rebaixa até a humilhação, ora se embrutece até a violencia, quebrando assim para sempre aquella santa unidade, que é a essencia do matrimonio. Além a fragil esposa que compra, com o desbarato de seu dote, a paz domestica, preferindo a miseria á lucta intestina e á obcessão diaria de um homem sordido Lá a mãi que resiste, defendendo o obolo de seus filhos, mas espedaçando os já frouxos laços de uma affeição partida.

Aqui um tutor que á sombra da mais cega confiança vai-se locupletando com as riquezas do pupillo e pondo-a em bom recado em nome de terceiro!

Por toda a parte o infortunio, a desgraça domestica, gerando-se sob os passos dessa hydra civil. Mas a sociedade fecha os olhos e dorme socegada e tranquilla; sua consciencia está serena. Não ha uma hypotheca para garantir o dote da mulher e o patrimonio do orphão? Sim; mas quando chegar o dia em que aquella reclame o seu dote e este a sua herança, o marido es-

tará na miseria: o tutor talvez fallecido, mas seus filhos ricos.

A irrisão e o escarneo de uma tal protecção é maior ainda quando se reflecte que a hypotheca modernamente só recahe sobre bens de raiz. Assim a legislação civil, coherente neste ponto com as suas doutrinas materialistas de tirar a organisação da propriedade da natureza physica da cousa, só protege a mulher e o orphão, cujo marido e tutor são proprietarios de immoveis; quanto aos outros deixa-os ao desemparo, esquecendo com uma impudencia nunca vista, os absurdos anteriormente estabelecidos para justificação da hypotheca legal.

Quem não sente em tudo isso a influencia fatal desse materialismo incomprehensivel que tudo submette ao seu absoluto poder? Não foi a protecção aos interesses sagrados da mulher e do orphão; não foi um sentimento de terna solicitude de que a lei civil é incapaz, que engendrou a hypotheca legal. Não; foi só e exclusivamente a protecção á cousa, a homenagem á materia. Assim como só os objectos não fungiveis mereceram da lei a honra de entranharem em si o direito real; agora é uma classe desses objectos, a mais solida, a que não se move, e está fixa na superficie do globo, a escolhida para séde desse direito real privilegiado.

Em uma obra recentemente publicada em França por um homem pratico (o Regimen hypothecario e o senso commum, por Tremoulet, notario), essa distincção dos bens em moveis e immoveis é atacada de uma maneira tão vigorosa que não podemos deixar de aceitar o concurso valioso de sua palavra autorisada; é a palavra de um notario, de um pratico, executor da lei.

« Admittindo que houvesse entre bens moveis e immoveis uma linha de demarcação bem saliente, ella não deveria ter a menor influencia sobre o direito, porque em definitiva, não é fundada senão sobre o caracter de mobilidade ou immobilidade dos objectos. Não é dar prova de um materialismo espantoso subordinar o direito, isto é, a consciencia, o dever, a fé sagrada devida aos compromissos, tudo isso ao caracter externo dos objectos? Pois eu darei minha adhesão a um contracto e a palavra dada me ligará diversamente conforme o objecto ao qual se refere tiver ou não o caracter de mobilidade? As rendas sobre o Estado e as acções do banco podem ser immobilisadas. Emquanto forem moveis, o legislador não cura das mulheres casadas e dos menores; logo que se tornarem immoveis, sua solicitude por elles tomara as proporções as mais exageradas; não duvidará sacrificar-lhes tudo. »

Estas palavras encerram uma satyra amarga da

lei civil. A distincção da propriedade immovel é a distincção importante, a divisão mixta, geralmente adoptada em todos os paizes; os inglezes até reservam exclusivamente para ella o nome de — *bens reaes*, em opposição a moveis que chamam — *bens pessoaes*. O regimen hypothecario assenta exclusivamente sobre ella; ella é a séde mais nobre dos direitos reaes.

Entretanto que vergonhosa contradicção! E' no instante justamente em que presta homenagem ao principio da immobilidade e á natureza corporea da cousa, que o legislador corrompe essa mesma natureza, e substitue o arbitrio e a incerteza á ordem natural. Folheai um codigo, e ride! Eis um navio batido pelos ventos, açoutado pelas vagas, fluctuando sobre um elemento que é o emblema da mobilidade; pois isso, profano, é uma propriedade immovel. Mas esta fabrica que alli trabalha no mesmo lugar ha cem annos, é movel porque não adhere ao solo; esta arvore é movel porque as suas raizes ainda não penetraram além da superficie.

A lei civil leva o arrojo até á declarar immovel... Sabeis o que?... o mesmo objecto que ella classificou antes, não já de movel, mas de fungivel, consumido com o uso: o dinheiro pago pelo seguro por um predio que tenha sido destruido por um sinistro, é elevado á categoria de immovel e como tal digno de hypo-

theca ; mas esse mesmo dinheiro sendo emprestado consome-se, de maneira que a propriedade de seu dono fica sem corpo, reduzida á um simples direito.

A ultima e talvez a mais impudente desta serie de contradicções que formam o regimen hypothecario é a generalidade da hypotheca. Actualmente esse caracter de generalidade está restringido; com excepção da hypotheca legal, todas as outras devem ser especialisadas. Não obstante o que resta é de sobra, para patentear mais um aleijão desse monstro juridico, da constituição da propriedade.

A generalidade da hypotheca significa a comprehensão de todos os bens presentes e futuros do devedor. E' aqui justamente que nós esperavamos os civilistas. Si o direito real póde assim fluctuar incerto e vago, sem objecto fixo, por que motivo não póde acompanhar o objecto mutuado ainda mesmo fungivel ? Essa hypotheca geral, portanto, esse contracto, de que fazeis uma excepção e um privilegio, não será a regra geral e o direito commum de todo o credor, de menos porém o absurdo e o odioso que lhe emprestais ?

Sem duvida; e a prova é que para estabelecer essa generalidade da hypotheca a jurisprudencia arrasou pela base a sua primordial divisão do direito real e pessoal, aluindo assim toda a sua defeituosa constituição de propriedade. Prescindiu das futeis dis-

tincções da cousa em movel ou immovel, fungivel ou não fungivel, mandando assentar o direito sobre qualquer valor existente em mão do devedor, embora depois esse direito se transporte para o immovel adquirido. Abstrahiu da acção directa e incisiva que o direito real devia exercer sobre a cousa, tornando vario e duvidoso o objecto desse direito: da hypotheca legal não se dirá, que fere verticalmente a cousa — *incidet in eum*: ao contrario permanece suspensa, pairando no vacuo.

Analyse-se com effeito o direito hypothecario do menor sobre os bens do tutor. Esse direito não é absoluto, porque elle não annulla qualquer alienação de bens feita pelo tutor, emquanto restarem bens sufficientes para a garantia; elle não é real tambem porque não tem um objecto corporeo certo e determinado. Dos dous caracteres essenciaes do direito absoluto real nenhum lhe compete; e entretanto depois de calcarem todos os principios da justiça, sob pretexto da necessidade imperiosa, para erigirem em lei os maiores absurdos, não tem pejo a jurisprudencia de aniquilar assim tudo quanto laboriosamente machinou.

A estultice da hypotheca legal está especialmente neste ponto: constitue-se um direito real em favor de uma divida que não existe, e póde nunca existir; e como não é possivel determinar o valor dessa di-

vida hypothetica, a garantia que se lhe dá dependente unicamente das posses do onerado, será maior ou menor do que fôr necessario : se hypothecará por exemplo ao tutor um haver de centenas de contos para garantir centenas de mil réis, ou vice versa.

Teremos occasião de voltar a esta materia, quando estudarmos o nosso regimen hypothecario. Concluiremos aqui este estudo, consignando a maior excentricidade da lei civil. Observaram-se as contradicções por ella commettidas para a instituição da hypotheca legal ; e talvez si alguma admiração causaram, não foi pela imprudencia dellas, mas pelos tantos golpes mortaes com que feriam o materialismo. Pois que? Já o direito não se nobilita pela causa ? Já a qualidade physica não influe essencialmente no vinculo moral ? Estaremos no mundo dos visionarios e utopistas ?

Nada. A lei civil guardava para compensar aquelles desvios um ultimo triumpho ao materialismo ! Pouco era subjugar o espirito ao corpo ! Prescindir do agente moral e fundar o direito sobre o objecto physico, submetter a faculdade, a particula divina, á cohesão ou adherencia das moleculas ; maior culto havia de ser rendido ao antropomorphismo da lei ; reduziu-se o homem á natureza de cousa, e gravou-se nelle a hypotheca. Algumas legislações tiveram a decencia de occultar semelhante torpeza sob um véo transparente ; dispuzeram simplesmente que a hypotheca legal nascia da

lei, e abrangia todos os bens presentes e futuros; de modo que si o individuo nada possuisse, então elle era o unico objecto de hypotheca, ou ella não tinha objecto. Outras porém levaram o despejo a inscreverem em suas paginas: — *O individuo gravado de hypothecas deve ser designado pelo seu nome, prenome, profissão e residencia* (art. 2148 — Codigo Francez).

O individuo gravado de hypothecas, isto é, o objecto corporeo de um direito real; a pessoa, cousa, em resumo o homem captivo. Captivo, sim, porque ou a definição que dentro da hypotheca é uma mentira; ou a fracção ao dominio que é dado ao credor sobre esse misero devedor o faz servo da gleba e escravo. Mais logico e mais justo era na sua barbara nudez o nexo romano; ahi o homem respondia com sua pessoa pelas suas obrigações, visto que era a sua primeira propriedade. Vós, porém legisladores, que reconhecestes a sagrada e imprescriptivel liberdade, vós que escrevestes as vossas leis não com tinta mas com o sangue das hecatombes offerecidas em holocausto á furia da deusa vingadora; não vos tremeu a mão parricida que assim insultava vossa mãi!

Mas não! E' preciso ler esses monumentos da legislação, como se lê os livros sagrados, despindo a idéa das figuras e imagens da linguagem primitiva. A jurisprudencia, como a genesis, escrevia talvez uma parabola juridica preciso despir essa linguagem de

fórma material para entendel-a. Essa hypotheca que recahe sobre a pessoa, não é na sua essencia o direito real bruto e estupido da legislação romana ; é sim o vinculo que prende o homem, se grava e imprime nelle, coagindo-o ao cumprimento das obrigações contrahidas ; é o dominio do credor suspenso, mas imminente, alerta, para cahir no primeiro instante sobre qualquer valor adquirido pelo devedor. E' o reflexo de luz que a verdadeira e nacional constituição da propriedade dardejou no espirito do legislador, mas que infelizmente foi embaciado pela nevoa espessa da jurisprudencia. Talvez era cedo ainda.

Si esta conjectura não é natural, é necessaria ; ella serve para confortar o espirito exanime que atravessa os dominios aridos e trevas da jurisprudencia,

CAPITULO V

A SERVIDÃO

Este nome *servidão* nos recorda que estamos ainda sob o dominio do principio que presidiu á formação da sociedade civil; a tyrannia da propriedade.

Revelando-se como um poder despotico, e avassallando as cousas e pessoas indistinctamente, a propriedade devia sem duvida conservar esse cunho de primeira origem, nas suas diversas manifestações. Do mesmo modo que nos actos de transferencia ou em missão de paizes; na estipulação e cumprimento das obrigações convencionaes, ella apresenta no desmembramento da propriedade o mesmo caracter de escravidão. Uma cousa acha-se pelo travamento das relações individuaes submettida a dous ou mais direitos; a jurisprudencia diz que essa cousa objecto de um dominio, serve aos outros direitos—*res servit.*

A servidão fórma a segunda classe dos direitos reaes imperfeitos—*jura in re aliena.*

O direito romano distinguira duas especies de servidão — a pessoal que se constituia na cousa em

favor de certa e designada pessoa, e real a que se constituia na cousa em relação á outras cousas. Modernamente o codigo civil francez tirou á primeira o caracter de servidão, considerando-a apenas como um desmembramento regular da propriedade. Esta modificação, embora se limitasse, é um traço luminoso da revolução que se está operando no seio da jurisprudencia, e á custa dos seus coripheus : descobre-se ahi o rastro da razão penetrando o amago da propriedade para estudal-os, e não se contentando só com desflorar-lhe a superficie.

Não obstante o que ahi fica notado, conservo á toda a materia da servidão romana, assim pessoal como real o seu primitivo nome ; a razão é obvia. Esse nome é a expressão do principio sob cuja influencia se organisou essa parte do direito proprietario ; em qualquer das regras estabelecidas pelo legislador a tal respeito ha uma emanação do pensamento capital, um servilismo da intelligencia a materia bruta e as suas fataes expansões.— E' justo pois que se grave em face desta parte da lei civil este ferrete de sua ignominia a palavra *servidão.*

Os desmembramentos da propriedade reconhecidos pela lei civil, e que formavam outr'ora a materia da servidão pessoal são tres : o uso fructo, o uso e a habitação. Este ultimo qualquer que seja a intepretação arbitraria que lhe queiram dar não é em defi-

nitiva mais do que uma modificação ou restricção do uso.

Desprezando pois essas distincções subtis que terão grande valor no fôro, mas evaporam-se aos lumes da razão, ficam unicamente os dous primeiros direitos reaes, verdadeiros membros do dominio.

O usufructo, diz o codigo civil francez, é o direito de gozar das cousas de que outrem tem a propriedade, como o mesmo proprietario com a condição de conservar a substancia artigo — *Usufructus est jus alienis rebus utendi atque fruendi, salva rerum substantia.* Imit. liv. 2.° tit. 4.° in princip. Charles Comte aponta dous erros palpaveis nesta definição ; tocaremos nelles segundo o desenvolvimento de nossas proprias idéas.

O senhor de cousa tem com o dominio os tres direitos parciaes — uso, fruicção, abuso : elle póde dispôr não só da propriedade plena formada pela consolidação de todos os direitos, como de uma parcella dessa propriedade. Dado este ultimo caso, divididos os membros constitutivos do direito de propriedade, onde fica residindo essa propriedade, em todas as suas partes conjuncta ou simultaneamente, ou em uma dellas mais nobre, mais importante, senão mais proveitosa ?

Charles Comte pretende que a propriedade de causa sendo dividida entre duas pessoas não póde restar a

nenhuma integralmente. Do contrario comprehendendo a propriedade a faculdade de gozar, que é o resumo usufructo, resultaria a existencia simultanea de dous direitos que se excluem. O usufructo portanto é tambem uma fracção de propriedade, mais ou menos importante, e não um direito de propriedade alheia.

A jurisprudencia entendeu sempre desde as Institutas até o codigo Napoleão que o dominio sobrepujava á todos os outros direitos reaes; e por conseguinte onde quer que se achasse a mais tenue parcella desse direito rei, expressão da soberania individual, imperio do homem sobre a cousa, ahi residia a propriedade, pois ahi estava a essencia della. Embora essa parcella de dominio se achasse nua e despida de todos os proventos e gozos, reduzida a uma simples formula á sombra quasi de um direito, ella representava a fonte exhausta de onde os outros direitos fluiram.

Misterioso e irrisistivel poder da verdade! A lei civil, querendo prestar homenagem a materia, traçava acinte a verdadeira constituição da propriedade. O dominio depurado das fezes realistas é justamente aquelle imperio do homem sobre a natureza; é uma viagem da vida racional. Amputai ao corpo do homem os seus membros, paralysai-lhe os movimentos, embotai-lhe os sentidos. O que resta? Um semi-cadaver, um authomato mutilado, uma ruina humana.

Pois ahi está a humanidade, ahi a personalidade juridica. Da mesma fórma o dominio. Cede o dono da cousa todos os proveitos de sua propriedade, exhaure a realidade seu direito, mas conserva o titulo de senhor, a magestade do direito do qual, si vendeu agora a plenitude, ainda não abdicou.

Remontando pois á philosophia da propriedade, servi-me com prazer de tão conspicuo pensador como Ch. Comte. O proprietario da cousa é aquelle que conserva sempre através do tempo e do espaço, através mesmo das variações da natureza physica e das transformações economicas, o poder *(potestas)* sobre o valor uma vez adquirido, emquanto não o demite de si, ou elle não se extingue. É aquelle que imprimiu o sello de sua vontade sobre aquella porção de riqueza atirada ao rodapé das transacções.

Foi porém ao nivel da jurisprudencia que o illustre escriptor collocou-se para esmagar esse dominio queritario e materialista que pretende para si exclusivamente o titulo de propriedade ; irrisoria pretenção !

Já que a primazia que lhe attribuem não deriva de fonte pura, da essencia do direito, mas só da materia, que é o seu timbre, *jus quod ipse re inhœret*, é ahi no seu elemento que elle deve ser combatido.

« Si abstrahirmos o direito de gozar da cousa durante um certo numero de annos, diz Comte, ella não

existe mais tal como foi definida, e póde não ter quasi mais valor. O usufructo de uma casa durante um seculo, por exemplo, seria uma porção de proprie-dade tão consideravel, que pouco valor teria o que restasse. » Não é pois uma irrisão pretender que o dominio — o *jus in re* por exellencia, o *jus corporale* fique reduzido á uma tenue esperança sem preço venal, sem a minina parcella de gozo, emquanto uma simples fracção deste mesmo dominio destacado delle, o usufructo, absorve em si durante um seculo toda a acção do direito de propriedade ?

Escapou ainda ao illustre escriptor um argumento do maior peso. Na propriedade plena, no dominio, se contem igualmente o direito de abuso — *jus abutendi.* Onde fica residindo esse direito especial? No senhor, de fórma alguma, porque elle não póde destruir a cousa emquanto durar o onus real : tambem não compete ao usufructurario obrigado á respeitar a sub-stancia da cousa. Evapora-se pois esse direito? Fica pairando nos intermedios da jurisprudencia até achar presa a que se aferre ? A verdade incontestavel é que esse abuso é irreparavel do uso e portanto exercido gradual e insensivelmente pelo usufructurario, o unico e o verdadeiro proprietario segundo as idéas actuaes.

Demais ha usufructos em que o abuso é expres-samente concedido ; taes são os instituidos sobre cousas fungiveis, como trigo, vinho, oleo, dinheiro. A res-

peito destes tirou o escriptor referido materiaes para uma segunda e justa censura, demonstrando que não é da essencia do usufructo a conservação da substancia como pretende a jurisprudencia (pag. 412); porque o usufructario goza e dispõe como lhe apraz dos objectos, com a condição apenas de restituir na época marcada outros de igual natureza e valor. No direito romano, quando a realidade da vida, que zomba das distincções subtis da sciencia, introduziu essa especie de usufructo, os jurisconsultos não poderão resistir-lhe; mas usarão do mesmo disfarce que na posse; chamarão á nova especie — *quasi usufructo*, em respeito á decencia.

Apesar porém do disfarce da linguagem o usufructo sobre cousas fungiveis existe; e portanto aqui se reproduz ainda a anomalia do nosso direito real-absoluto. Qual é durante a permanencia do usufructo de vinho, o objecto sobre que recahe o dominio? Qual é a acção que esse direito exerce contra todos? *adversus omnes?* Supponhamos que furtam ao nosso usufructurario os restos do seu patrimonio, aquelles que deviam servir para a restituição. Tendes vós pela lei que engendrastes o direito de perseguir o ladrão e ir buscar o bem furtado? De modo algum; é porque não fostes vós o espoliado, a victima do crime. Em conclusão vós sois e não sois proprietario; vosso dominio é um cameliãojuridico; muda de côres á cada instante.

Reconhecendo que tal dominio era uma zombaria, sabeis onde foram buscar protecção para elle? Miserias das miserias! Na fiança: no direito pessoal. Esse desprezado e espurio filho da jurisprudencia, a quem se rebaixou por ter apenas mais acção indirecta e remota sobre a cousa, é chamado agora em auxilio do direito real. Oh! Que é feito de todo esse apparato de violencias e ficções! Subverteis os principios mais racionaes, encadeais o direito aos liames da materia; e por fim impotentes, exhaustos. recorreis á personalidade como a verdadeira garantia do direito! Era preciso ser leal; no instante em que admittieis na jurisprudencia o quasi usufructo garantido pela fiança, devieis eliminar a sua distincção de direito real.

O uso, de que passamos a tratar apparece na jurisprudencia em um estado de confusão deploravel.

A natureza traçou bem clara a linha divisoria que separa o uso do fructo; mas a jurisprudencia que umas vezes se escravisa á ordem physica, outras é arrastada pelas subtilezas casuisticas. Ha cousas cujo uso é quasi, senão completamente, nullo: por exemplo, o uso de um jardim, o qual se limita á passeiar nelle.

Para favorecer algum legatario entendeu-se que por equidade devia prorogar-se esse direito até por

exemplo á faculdade de colher diariamente algumas flores para os vasos da sala. Ora desde que o direito ultrapassa a sua balisa invariavel e salta de seu alveo, elle fluctua á mercê do capricho; a importancia da cousa, a necessidade do usuario, tudo entrará em conta. Por outro lado, o uso é individualmente restringido, entendendo-se que o uso de um rebanho de ovelhas, por exemplo, não dá direito nem ao leite, nem á lã, *quid ea in fructu sunt,* mas unicamente ao esterco *(ad stercandorum agrum)* Ins. 4.° Por uma especie de benevolencia pensava Usquiano que se devia conceder ao usuario um pouco de leite. *Etiam modico lacte usurum puto*. L. 12 § 2.° D. *huj*. tit.

Ha uma confusão deploravel, repetimos, entre uso e fructo, confusão na qual cahiram escriptores tão notaveis, como Ducourroy. A massa de todas as utilidades que póde dar uma cousa, constitue o usufructo; *Fructui usus inest; usui fructus deest; et fructus sine usu esse non potest; usus sine fructu potest*. L. 14 § 1.° Dig. *cit*. tit. Extrahido delle o fructo, o que restar será o uso unicamente O que é fructo? A natureza, essa mestra tão invocada pela jurisprudencia, responde: é o meio pelo qual se effectua a reproducção das especies, é o élo da cadeia infinita da successão dos entes geradores. O que bem caracterisa o fructo é a qualidade de repetir a essencia e a fórma do ser de cujo seio nasce:

sem isso não ha fructo, mas sim transformação ou derivação. Só é pois susceptivel de fructos aquelles entes que receberam a faculdade geradora; os outros, aquelles que produzem apenas, esses são estereis; têm productos e não fructos.

Erradamente dizem *fructos da terra.* Quaes são elles? As arvores, as plantas, as raizes feculosas? Esses são fructos de vegetaes semelhantes de cuja semente nasceram; a terra concorreu é certo para a sua gestação, como concorreu o ar, a luz, o calorico, a agua, todos os elementos da vegetação, e talvez tambem a industria humana. Os mesmos mineraes não se podem chamar fructos da terra, mas sim productos, resultantes de transformações ou derivações dellas. A terra perante a lei civil é neutra, nesse sentido que não gera: tão esteril como a mulher incapaz de concepção, mas que pelos seus grandes talentos artisticos produzisse cousas maravilhosas.

Applicando esse principio logico, simples e natural destaca-se perfeitamente o uso do fructo, a luz penetra os poros e todas as duvidas desapparecem. Ao contrario, assentada a lei sobre a base falsa que lhe crearam, confundindo o fructo com o producto, não ha criterio algum para a distincção. Assim vê-se a respeito de um rebanho de ovelhas considerar-se fructo o leite e a lã, e uso o esterco. Porque regra? Todas essas materias são produzidas pelo animal; todas ellas são transfor-

mações chimicas da alimentação operadas pelo apparelho natural: todas ellas têm uma utilidade, um valor; talvez mesmo o estrume que desprezais, valha mais que o leite. A distincção é arbitraria e futil.

Feito o amalgama, creado o cahos moral, a jurisprudencia está no seu elemento. Surgem então as subtilezas metaphysicas, as filagranas, sophisticas. Trata-se de uma casa. Qualificando-se de usufructo della o gozo que consiste na habitação, o que nada mais é do que uso, os dous direitos ficariam nivelados se não acudissem os civilistas.

O usufructo da casa comprehende o direito de alugal-a, emquanto o uso se reduz ao direito de habitar pessoalmente com sua familia. Inst. 2.—Note-se a excentricidade desse direito real que captiva o seu proprio senhor, e o adstringe corporeamente á cousa; os papeis invertem-se; já não é o direito que desprende-se do agente para inherir na cousa; é a cousa que adhere a si o proprio agente do direito.

Se a habitação de uma casa é meu direito, e meu direito absoluto real, com acção universal em relação aos homens, e directa em relação a cousa; parece que ninguem me pode contestar, a faculdade de usar dessa fracção de utilidade, que é minha, do modo que me aprouver, salvo a restricção voluntaria da minha liberdade. O uso é uma somma de utilidades prestada por

uma cousa. Que vos importa o modo por que eu extravio essa somma de utilidades desde que não abuso da cousa? O direito com que se priva o usuario de alugar a casa é o mesmo com que o privariam de cosinhar nella, ou dar nella um jantar.

O desmembramento da propriedade nos offerece tambem um curioso aspecto em relação aos contractos.

Ou como servidão pessoal, ou como fracções de propriedade, o fructo e o uso apparecem na legislação civil como dous direitos reaes, e ahi occupam lugar proeminente e distincto. Vos, profano, si devassais o sanctuario da lei, ficais suppondo que sempre que haja um fraccionamento de propriedade, sempre que se destaque do dominio o direito de fructo ou de uso, esse direito é um direito real, acompanhado das mesmas garantias. Illusão completa.

Não comprehendestes a metaphysica da jurisprudencia, que nunca se nivela com a vida real; ou rasteja por baixo da terra como a toupeira, ou se perde nas nuvens como o fumo.

A vida real é esta. Um individuo vos deixa em legado o uso nú de uma casa por cinco annos; vós alugais á outro individuo uma segunda casa pelo mesmo numero de annos.

Em ambos estes actos juridicos ha um fracciona-

mento da propriedade, diverso na sua origem, mas igual nos seus effeitos.

Entretanto o primeiro é um direito real, o segundo um direito pessoal ; o usurario tem o direito absoluto de uso ; o locatario tem apenas a faculdade de usar. E isto se escreve na lei ! Maldita cegueira que nubla os espiritos os mais vigorosos ! Vos morais na casa legada, da mesma fórma que na casa alugada e pelo mesmo tempo : o vosso direito vos dá a mesma somma de utilidades ; elle deve ser igualmente respeitado pelo dono da cousa, como por todos os homens ; ninguem póde perturbar-vos no seu exercicio. Mas a jurisprudencia não quer esta simplicidade ; é preciso distinguir o que de si é identico ; convém enleiar, confundir, sem o que a sciencia do direito torna-se uma cousa vil, ao alcance de qualquer intelligencia.

Então inventaram que o uso proveniente do aluguel é precario, porque si a casa fôr comprada por terceiro esse póde expulsar-vos, visto que não se obrigou pessoalmente para comvosco, (*res inter alios acta*) ; entretanto que o uso da casa legada é seguro e garantido, na sua qualidade de direito real. Consagraram em lei mais uma iniquidade e um absurdo : autorisaram a fraude e o crime só para sustentar uma ridicula distincção. Onde quer que impere a justiça, a verdadeira e pura, ninguem sustentará que o dono de uma cousa adstricta em virtude de uma convenção

á prestar-me certo serviço, possa dispôr della plena e absolutamente, sem a minima deferencia e antes com menoscabo do meu direito. Isto só póde ser affirmado pelos civilistas.

Mas si em vez de alugar a casa, vós comprastes o seu uso pelo mesmo tempo, com a condição de pagar o preço em prestações mensaes inteiramente iguaes ao aluguel, essa compra seria a mesma cousa que a locação; não vos custaria mais um real; não tereis nem mais nem menos proveito; mas bastava a mudança de nome para vos dar logo um direito real. O comprador da casa já não vos poderia expulsar: porque serieis senhor do uso e não locador da cousa: E' isto jurisprudencia ou trocadilho de palavras?

Quanto não ganharia a lei em nobreza e simplicidade, despindo-se destes andrajos de uma pratica estulta!

Definida a propriedade e o modo por que é possivel fraccional-a, o mais entra na esphera da liberdade individual. O dono da cousa disporá das fracções do direito, como das fracções do objecto; porque qualquer dessas fracções representará uma propriedade distincta. A porção de terreno que se destaça de um predio, é propriedade tão concreta distincta, como os fructos desse predio: ambas são portanto susceptiveis dos mesmos contractos.

Tudo quanto se encontra nos codigos á respeito de locação, aforamento, emphyteusis, mutuo, commodato, devia ser riscado como inutil e superfluo: definido o uso e o fructo das cousas, de que todos aquelles contractos não são senão uma especie de transferencia, não havia necessidade de mais do que regular o principio da alienação da propriedade. Tudo o mais é luxo de palavras *verba, inania verba,* e especial aos immoveis.

Passa-se á servidão real.

Esta é a que os romanistas consideram verdadeira servidão (*servitus*); chamam urbana a que se estabelece sobre a propria construcção, *quæ ædificiis inhæret,* ainda que situada no campo, e rustica, portanto, chamam a que se fixa no solo *quæ in solo consistit,* ainda quando o solo seja da cidade e portanto urbano. O edificio ou predio em favor do qual se estabelece a servidão diz-se *dominante,* isto é, senhor, em opposição ao outro que fica reduzido a *servus,* cousa. A cada passo se revela a tendencia funesta para violentar a significação dos vocabulos, como a natureza das cousas. Mas, é preciso crear a linguagem juridica, não entendida dos profanos!

A jurisprudencia distingue ainda a servidão em continua e descontinua, apparente e não apparente; regula os modos por que se podem estabelecer, e os

modos por que se distingue. Crêa um direito novo e especial para esta parte das relações civis, que não tendo outro objecto, senão a propriedade, parece deviam obedecer á mesma norma geral e aos mesmos principios anteriormente desenvolvidos. Quando entretanto se requer a lei para saber o motivo de qualquer dessas excepções, acha-se no amago o mesmo vicio, sempre o mesmo absurdo. Assim, por exemplo, o que distingue a servidão urbana da servidão rustica é que na primeira, como mais privilegiada, se admitte a nunciação de obra nova, a qual é excluida sem o menor fundamento da servidão rustica.

No direito francez nem tal differença existe ; pelo que nota Ch. Comte com muito criterio a sua inutilidade.

Entristece realmente quando se pensa no tempo e estudo que se consome na jurisprudencia para elucidar qualquer nuga sem importancia, que os civilistas erigem em questão intrincada. Que de grossos volumes não se tem escripto sobre o direito de introduzir uma casa a sua viga na outra, e sobre a obrigação de um predio receber o rio que a natureza alli collocou, como se as leis de gravitação fossem feitas em proveito deste ou daquelle proprietario, diz chistosamente Ch. Comte. O nosso Lobão escreveu, de sua conta, dous volumes, um sobre casas e outro sobre aguas. Coelho da Rocha lamenta que pouco se tenha escripto

em Portugal sobre servidões. Tambem os autores francezes acham o titulo de seu codigo a respeito dessa materia pobre e pouco succulento. (Ch. Comte. 440.)

O máo exemplo vem da lei. Ella occupa-se com uma infantil paciencia a designar as diversas especies de servidão que se podem estabelecer. Entre as urbanas innumera a de luz *(luminis)*, a de fumo *(fumi)* a de despejo *(cloacæ)*, a de esteio *(oneris ferendi)*, a de travejamento *(tigni immitendi)*, a de goteira *(stellicidii)*, a de perspectiva *(prospectus)*, a de vista *(non altius tollendi)*, a de seteira *(foraminis)*, e muitas outras. Entre as rusticas menciona as de caminho, *iter*, *actus*, *via*, a do curso da agua *(ductus aquæ)*, a de fonte ou potagem *(aquæ haustus)*, a de pastagem *(pascendi)* a de caeira *(calcis coquendæ)* a de colheita *(fructus cogendi)*, a de choupana *(tugerii)*, a de caça *(aves capiendi)*, a de lançar pedras *(saxa jaciendi)* a de esterquilinio *(sterquilinii)*; e muitas outras. Depois desta longa enumeração conclue a lei reconhecendo ainda as servidões que a vontade individual possa crear.

Si reconheceis a legitimidade do fraccionamento da propriedade; si não estabeleceis nem uma regra para a decomposição juridica, tanto que permittis o arbitrio individual; melhor fôra, mais simples e mais sizudo, que o legislador se abstivesse dessa longa e pueril classificação que não tem nenhum resultado pratico, a não

ser o de amesquinhar a lei, e de desnudar ainda mais a sua deformidade. E' assim que na menção de algumas dessas servidões o homem de bom senso não póde conter um sorriso vendo que o direito de colher fructas *(fructus cogendi)* em um predio ou de nelle caçar *(aves capiendi)* ou finalmente de ahi passeiar, não são direitos que competem ao dono do predio vizinho, não; competem ao mesmo predio dominante, porque são servidões reaes. *Risum teneatis.*

Quando a razão penetra essa materia, e esparze a luz no seio della, percebe-se distinctamente, a olho nú, os dous elementos de que se compõe esse corpo anomalo chamado servidão. Um elemento é o que eu chamarei a fórma da propriedade, isto é, a sua situação, a sua figura, o seu modo emfim; porque ella existe em virtude da acção combinada da natureza e da lei. O segundo elemento é a divisão ou o fraccionamento da propriedade, isto é, a decomposição dos membros constitutivos da propriedade, dos direitos de uso, de fructo, de abuso, de decomposição que se effectua pelo facto do individuo.

O que admira no meio desse longo rol é não encontrar alguma servidão *saliva recipiendi*, á respeito do direito com que o propriet[illegible]rio de uma casa póde ou não cuspir na casa contigua! Essa servidão seria descontinua porque o individuo cuspia todos os dias e portanto a adquiriu por prescripção de trinta annos, etc.

Não pensem que redicularisa-se a lei por não occupar-se com as trivialidades da vida humana ; não, a lei é como a divindade juridica ; ella está em toda a parte ; sua omnipotencia abrange tudo. Mas é preciso que como a divindade ella plaine sobre todas as cousas, as cinja em seu seio e as incube e encerre ; é preciso que tudo derive della, não ella de tudo.

Ora isto não succede quando a lei desce do seu throno e vem sentar-se no pó onde rasteja a miseria humana, para dahi da lama extrahir os principios da justiça que ella devia ter bebido no céo, ou na vontade nacional.

Exemplifiquemos. O encravamento de um terreno em outros, o curso dos rios e veias de agua, o alinhamento das testadas, o nivelamento das ruas, o petipé das casas, e outras disposições das posturas municipaes, são condições em que a natureza ou a lei figuram as fórmas da propriedade. Por outro lado, a communidade de um muro ou de uma cerca, a abertura de janellas sobre o quintal alheio, o apoio do vigamento no pilar da casa vizinha ; nada mais são do que fragmentos de propriedade que se destacam do corpo principal para constituir um direito distincto. Essas duas especies tem um ponto de analogia no representarem ambas uma restricção da propriedade ; mas separam-se na natureza dessa restricção ; uma é geral e debuxa a configuração do direito ; outra é es-

pecial e traça o repartimento interno do objecto do mesmo direito; por isso a primeira emana da lei, como esphera do direito, a segunda da vontade, porque é o exercicio do direito.

Daqui resulta outro corollario tambem importante. A primeira é uma parte ou complemento da definição legal do objecto da propriedade; não basta dizer que o solo, ou os seus productos são objecto de propriedade; é preciso dizer como, de que modo, estes objectos entram no dominio individual. A segunda pertence completamente á theoria do contracto; o proprietario venda, alugue, empreste, ou dê metade do seu muro, ou do seu pillar, da mesma fórma que a fructa, a lenha, a hortaliça ou qualquer outro producto de seu predio: obrigue-se a supportar o vigamento alheio no seu edificio, a não levantar um sobrado, da mesma fórma que se obriga a prestar qualquer serviço.

E' isso porém o que não convem á jurisprudencia, tanta simplicidade, tanta clareza e convicção, onde tem sempre reinado a treva e o cahos! Longe de reduzir a servidão ao que ella é de sua natureza, e apagar da legislação essa perluxa dissertação sobre bagatellas casuisticas, preferiu fazer divisões sobre divisões, methodisar essa serie de pequenas difficuldades, que surgiam á cada instante entre proprietarios vizinhos; mas ao contrario, compôr uma meada juridica, erigindo a chicana forense em lei.

Para apreciar a normalidade de toda essa materia, basta cotejar uns com outros os principios reguladores della. E' a tarefa, á que nos vamos entregar.

Divide-se a servidão em pessoal e real; não ha entre ambas a menor differença; extraia-se da servidão real, o que diz respeito á fórma da propriedade, o que fica é o exercicio de direito de propriedade dentro dessa esphera traçada pela lei; divida-se esse exercicio em partes regulares, uso, fructo, e abuso, ou em fracções varias e irregulares, como a caça, a pesca, o pasto, o bebedouro; a natureza do acto é o mesmo; só varia o objecto, e talvez o prazo, ou tempo de duração. A que se reduz em ultima analyse a servidão de esgosto por exemplo? No uso que vós, como dono de um predio, tendes sobre certa parte de terreno do outro predio para por ahi lançar as aguas servidas. Em que consiste a servidão de janellas? No uso limitado á vista, luz e ar, que tem um proprietario na propriedade do outro.

O prazo é indifferente. A lei não póde impedir que se desmembre perpetuamente uma propriedade: que o dono de uma terra deixe por exemplo o uso a um herdeiro e sua geração, e o fructo a outro e sua geração, com a condição de pagarem ambos a um terceiro, um a quem é legado o dominio, um fôro an-

nual. Eis aqui uma servidão pessoal perpetua, que não se distinguiria da servidão pessoal, senão em ser a doação feita a tres pessoas e não á tres *cousas !...* Dispuzesse o testador as cousas de modo a repartir o uso, fructo e dominio da terra entre tres predios e ahi estava a verdadeira servidão predial.

Por outro lado, quem póde impedir racionalmente á um proprietario de conceder á seu vizinho a permissão por um ou dous annos de fazer os seus despejos em uma parte de terreno exhaurido de força vegetal, que elle pretende por esse meio adubar ? Ahi está a servidão real temporaria, sem nem uma differença do uso, á não ser o que uma se institue em nome do predio e outra em nome do dono.

Eis por que achamos inconsequente o Codigo Napoleão. Si uma divisão da propriedade — direito — é uma servidão, o direito romano foi mais coherente ampliando o nome a todos os fraccionamentos possiveis.

Outra anomalia. Restringe-se a servidão real aos bens immoveis, por causa da preoccupação de que ella se encrava no edificio ou no solo, sem respeito á pessoa. Supponhamos que um individuo, dono de um gabinete de escultura onde existe uma estatua de immenso valor artistico, estabelece por qualquer meio, herança ou prescripção, uma servidão perpetua dessa

estatua em favor de outro gabinete, não do dono, ou sala de pintura na qual se fazem annualmente exposições de bellas artes. Não havendo designação de pessoa, mais sómente de cousas, essa servidão tem o mesmo caracter da real; entretanto como os gabinetes e salas de pinturas não são bens de raiz, e sim as paredes e as pedras, esse direito não é servidão. Só a terra e a pedra são habeis para ter direito porque são bastantes solidas! Realmente isto não parece sciencia de direito, mas sciencia de colher e picareta.

Os juristas nos dizem tambem que as servidões impoem uma obrigação negativa (*non faciendi*), sendo excepção unica da regra a servidão *oneris ferendi*, que obriga o dono do predio *servente* á reedificar o pilar sobre o qual se apoia o predio *dominante*. Extravagante obrigação, e mais extravagante a lei que a creou! Servidão é um fraccionamento da propriedade, ou como dizem os legistas uma restricção do dominio; desde que uma servidão se estabelece uma parte da propriedade se destaca deste e passa áquelle predio; ha uma alienação parcial. Metade do pilar de que se trata em virtude da servidão *oneris ferendi* passou portanto a incorporar-se ao predio vizinho, e a pertencer ao seu respectivo dono, que delle goza igualmente comigo ha muitos annos. Arruina-se porém o pilar, e a ruina della ameaça a minha casa igual-

mente com a casa vizinha, então esse pilar torna-se unicamente meu só para me ser imposta a obrigação de reconstruil-o.

Não é possivel escarnecer mais da justiça. Si a servidão foi adquirida gratuitamente, parece que o mais equitativo era construir o novo muro quem delle gozou sem nada despender; si a servidão foi onerosa, nada mais justo que concorrer o predio dominante com outra quota para o beneficio commum.

Vós proprietarios, que viveis á sombra mortifera dessa lei, guardai-vos de consentir que o vizinho aproveite o vosso pilar, o que resultaria em beneficio commum, alargando de alguns palmos os vossos predios. Sabeis o que vos espera? Emquanto fordes dono desse pardieiro que nada vale, mas sobre o qual descança a ponta de uma trave do vizinho, haveis de ser obrigado a reconstruil-o, contra a vossa vontade e só em beneficio delle.

Ha além dessa heresia, uma falsidade no caracter negativo da servidão: muitas servidões existem que impoem obrigação activa. A servidão de não tolher a vista, impõe a obrigação de aparar as arvores que crescem; a servidão de conservar abrigado por arvoredo o lado de um edificio batido de certo vento, impõe a obrigação da plantação e conservação desse arvoredo. A servidão de esgoto impõe a condição de reparar o

cano, do contrario interceptada a communicação as aguas refluem e inundam o predio dominante. A servidão de dique impõe a obrigação de manter a solidez do mesmo de modo que acautele as inundações Mil outras servidões activas se podem imaginar, apesar da pertinacia com que ha dez seculos se repete que só ha uma.

E' tempo de arrancar-nos ao intrincado nó dessas subtilezas, que nos roubariam tempo necessario á outros estudos.

CAPITULO VI

ACQUISIÇÃO

Esta face importante da propriedade não tem um aspecto uniforme nem na legislação, nem na jurisprudencia : notam-se algumas variações, que aliás não penetram além da superficie da idéa e só se reduzem a mera questão de systema.

Como não é necessario, para o estudo que se emprehendeu, descer ás particularidades da lei civil de cada povo, se terá em consideração unicamente o typo geral da lei civil em relação ao assumpto ; mantendo o estudo na altura philosophica em que deve permanecer.

A jurisprudencia reconhece diversas especies de acquisição da propriedade, que designa com a expressão technica de *modos de adquirir*. Todos os que vêm mencionados nos codigos e tratados se podem reduzir aos seguintes : 1.°, occupação ; 2.°, accessão ; 3.°, successão ; 4.°, usucapião ; 5.°, contracto. Destes uns eram considerados primitivos e originarios, outros unicamente civis ; mas essa distincção, bem como a do direito romano, não tem hoje o menor valor scientifico, e apenas uma estima historica.

Não succede porém o mesmo com a distincção estabelecida entre titulo e modo de adquirir, a qual dominou sempre e universalmente na legislação civil desde o primitivo direito romano até que o Codigo Civil Francez introduziu uma innovação ousada confundindo em relação aos contractos o titulo com o modo de adquirir. Veremos posteriormente a revolução que este facto operou na jurisprudencia : neste momento convem esclarecer a distincção com a qual se vai jogar neste estudo.

Titulo de adquirir é o direito em virtude do qual alguem faz seu um objecto qualquer : do titulo é que deriva a legitimidade da propriedade que entra no patrimonio individual.

Modo, de adquirir é a realisação daquelle direito, e a sua projecção no mundo exterior ; é em resumo o facto pelo qual alguem sujeita um objecto á sua vontade e se apropria legalmente delle. Destas duas ordens de idéas a mais importante e elevada é sem duvida á que se prende ao direito mesmo, a que está mais proxima da origem dos actos humanos — a liberdade ; a outra ainda que digna de muita attenção, é comtudo mais variavel pela sua natureza, mais depende das leis physicas, e portanto mais afastada da lei racional. Quando pela vossa industria apprehendeis um animal selvagem, que importa a maneira pratica por que chegastes a esse resultado, si foi pela caça ou pesca, á

mão, com arma ou laço? O que vos importa é o titulo que legitima esse facto e faz delle a vossa propriedade.

A jurisprudencia porém fiel aos seus antecedentes attribue a maxima importancia juridica ao modo de adquirir, ao facto, á fórma externa. Si alguma vez reconhece a força racional do direito é sob uma apparencia material e unicamente por uma especie de concessão ; em regra o titulo é mera formula, toda a sua virtude acquisitiva é transmittida ao modo de adquirir.

Essa é a causa primeira da confusão e incerteza que reina nesta parte da legislação : causa que se revelará melhor com o desenvolvimento das idéas.

1.ª *Occupação.* — A fera no seio das brenhas procura uma furna onde se acoute e não consente que outro animal nella penetre. Ahi repousa, ahi recolhe os restos da presa que fez para satisfação de seu appetite carniceiro, e que defenderá furiosa contra quem quer que seja que a pretenda disputar. Não ha aqui mais do que a funcção animal do instincto, effectuando a sua invariavel e fatal rotação dentro da orbita que a natureza lhe traçou. No primeiro dia da creação a fera matou a fome da mesma fórma que hoje o faz.

Entretanto é esse no direito civil o typo da occupação, do primeiro modo de adquirir a propriedade. Não duvidarei mesmo affirmar que o acto da fera é perante a lei uma verdadeira occupação ; pois é reves-

tido de todos os seus caracteristicos. Ahi ha o facto da apprehensão bem assignalado na presa subjugada e ferida pelas garras; *possessio corporis*. Acompanha a apprehensão a intenção ou instincto de possuir a cousa e retel-a em seu poder *animus possidendi*, bem manifestada no facto de guardar os restos e de manter esse principio de exclusão, que individualisa a cousa commum.

Falta porém á fera a intelligencia *intellectus possidendi*; dirá a jurisprudencia. Então si a intelligencia é o verdadeiro cunho da acquisição; si é ella que nobilita a apprehensão material assignando-lhe uma missão humanitaria, devia lhe ser restituida na legislação toda a importancia, dando-lhe a precedencia sobre o facto, marcando-lhe o primeiro lugar na propriedade, como em todas as outras faces da personalidade humana. Porque preteris o titulo nobre da acquisição pelo modo animal de adquirir, o direito pelo facto?

Sem duvida a occupação foi em relação á propriedade a primeira manifestação na personalidade do homem; porque a occupação não é em resumo outra cousa senão o exercicio do direito primitivo, o desenvolvimento das forças vitaes. A creatura racional, recem-creada, só no seio das florestas, sobre a terra ainda virgem, achou-se em um estado de rudeza e ferocidade igual ao da fera. Mas a intelligencia se

foi despertando desse entorpecimento infantil ; o homem começou a produzir as suas forças em todos os sentidos, e a tomar posse do mundo que a Providencia destinára para reino seu. Esse desenvolvimento da vitalidade humana, essa revolução do direito emfim, eis a occupação.

Assim considerada, a occupação não é especial á propriedade, mas corresponde a todo o direito. Nascendo, o homem occupa um lugar na humanidade e no espaço uma porção de elementos necessarios á existencia ; mais tarde vai successivamente occupando os dominios da liberdade physica e moral, do mesmo modo que occuparia as cousas communs para augmento de seu patrimonio. O individuo que sabe nadar occupa mais liberdade do que outrem que não saiba ; elle está no mesmo caso que o bom caçador a respeito de um que não sabe usar de sua arma.

Mas ou se considere a occupação como a manifestação de personalidade em geral, ou como modo de adquirir a propriedade, ha um ponto que não póde ser sinceramente contestado ; é que a occupação representa apenas o effeito physico de uma causa racional, a fórma exterior de um acto juridico, o corpo emfim da idéa. A sua imagem verdadeira e fiel acha-se na animalidade da fera obedecendo ao instincto da conservação : abstraia-se da origem do acto ; o facto é o mesmo.

Qual é então a causa de que deriva a occupação ?

E' a actividade humana dirigida para o cumprimento da missão humanitaria ; é o desenvolvimento simultaneo das faculdades juridicas, e projecção externa da personalidade ; é em uma palavra a razão soberana pondo em movimento as forças humanas. Dahi nasce esse movimento incessante que recebe o nome de trabalho ; e é sem duvida o primeiro, o mais importante e nobre dos titulos da acquisição da propriedade.

Por desconhecer esta verdade, a jurisprudencia labora em uma confusão terrivel.

Deduzida a acquisição da propriedade da occupação, da posse empirica, pela qual o homem faz sua a cousa anteriormente commum, é claro que essa propriedade assim adquirida deve cessar desde o momento em que desapparece o seu titulo. De feito o primeiro occupante de um objecto, desde o momento em que retira delle a sua posse material, não póde mais excluir com justiça o segundo occupante, que tem em seu favor o mesmo titulo de acquisição. A propria jurisprudencia reconhece este principio a respeito da caça, onde o animal apprehendido que foge da mão do caçador entra de novo nas cousas communs : onde as abelhas não pertencem ao dono da arvore, onde Kant com a sua poderosa intelligencia não

conseguiu explicar a legitimidade da propriedade, porque se collocou no terreno falso da jurisprudencia. Deduzindo a propriedade do facto da occupação, reconheceu comtudo a insufficiencia desse titulo, pelo que lhe addiu a declaração formal da parte do occupante de que pretende fazer seu o objecto occupado. Logo, porém, sentindo o perigo de um tal direito que monopolisaria a propriedade, o philosopho allemão sentiu a necessidade de pôr-lhe um limite, restringindo a faculdade de occupar á capacidade da defeza.

« Assim, diz o seu traductor, elle o philosopho da liberdade e do direito submette aqui o direito á força e procura em um elemento physico e independente da liberdade humana, um limite que não deve emanar senão da liberdade e da justiça.» Pag. 156.

E' pelo mesmo motivo, por terem visto a propriedade através do falso prisma da occupação, que eminentes pensadores como Montesquieu e Bentham, contestaram a esse direito a sua origem natural, e lhe assignaram como unico fundamento a lei e a sociedade civil. Certo, para erigir o acaso em principio e fazer respeitar como dominio exclusivo o acto de um individuo ter fixado o simples olhar sobre o objecto sem dono, fôra necessario a violencia da lei civil ; a natureza adstricta a justiça não podia tanto, não podia na phrase de Mirabeau operar a renuncia de todas para o gozo de um. Hist. Parl. V. 325.

Leam-se porém estas palavras extrahidas de um escriptor, e a propriedade apparecerá em toda a luz : « O trabalho depondo de alguma sorte um signal da minha presença nos differentes lugares do espaço que foram successivamente o objecto de minha actividade, perpetua a occupação e imprimindo nos objectos o sello de minha personalidade, lhe permitte transpôr o espaço e o tempo. Passando de surco em surco eu estendo a minha posse sem perder o que anteriormente possuia ; porque esse surco, obra de minha industria, guarda o testemunho de minha presença e oppõe uma barreira invencivel a uma nova occupação.» Paul Janet. Rev. de Jurisprud. 5.° anno Tom. 6.°, 1.° Liv., pag. 59.

Locke foi talvez o primeiro escriptor que reconheceu no trabalho a origem nobre e racional da propriedade:

« Ainda que a terra e todas as creaturas inferiores sejam communs á todos os homens, entretanto cada homem tem uma propriedade em sua propria pessoa, á qual ninguem, senão elle tem direito.

« O trabalho de seu corpo e a obra de suas mãos lhe pertencem exclusivamente, podemos affirmal-o, e portanto quando elle tira do estado natural uma cousa e lhe ajunta o seu trabalho, ajunta alguma cousa de si mesmo, que a faz sua propriedade. Deslocando do

estado primitivo em que a natureza o collocou um objecto, elle lhe une pelo seu trabalho alguma cousa, que exclue desse objecto o direito commum dos outros homens, porque esse trabalho é inquestionavelmente a propriedade do operario, e ninguem senão elle mesmo tem direito á elle, etc.»

Blakstone emitte a mesma opinião quando diz «que só o trabalho recahindo sobre os objectos sujeitos á communhão e por conseguinte á primeira occupação, só o trabalho póde fundar um justo e razoavel direito a propriedade exclusiva. »

As disposições especiaes relativas a occupação das cousas se resentem do vicio da idéa geral. O direito de caçar em terreno alheio é uma derogação formal da propriedade : os civilistas pretendem justifical-o com o principio de que os animaes selvagens são cousas communs e a ninguem pertencem, nem mesmo ao dono da terra onde vivem ou se acoutam.

Ainda admittido o principio em toda a amplitude, o facto de se acharem essas cousas momentaneamente dentro dos limites de uma propriedade particular, exclue a occupação de terceiro, obrigado a respeitar o bem alheio. Isto não precisa demonstração ; a garantia promettida ao direito de propriedade é ridicula desde que qualquer individuo á titulo de caça póde penetrar o campo do lavrador, estragar-lhe a sementeira ; fique

embora sujeito á indemnisação; é a sancção penal que deve proteger a immunidade do direito.

A legislação neste ponto olvidou os seus mesmos principios. Nada ha por certo menos apprehensivel e mais impalpavel do que a luz e o ar; comtudo a lei civil reconheceu a respeito da servidão, que aquelles dous corpos subtis e aeriformes constituiam um complemento do predio; tanto que só por uma restricção ao direito pleno da propriedade podia um terceiro abrir janella sobre terreno alheio para gozar de claridade e vistas livres. O animal selvagem, que tem um volume apprehensivel, e deixa vestigios, esse conserva mesmo na mata particular, a qualidade de cousa commum e sujeita ao primeiro occupante! . . .

Não é possivel pois admittir em toda latitude o principio de que a caça é sempre commum, ainda quando no terreno particular. A legislação portugueza, que é a nossa, prohibindo caçar dentro dos muros e vallados sanccionou a verdadeira doutrina, aliás conforme com a theoria da accessão, como veremos (L. de 1.° de Julho de 1777 §§ 1, 2 e 3). Realmente a producção de veação e pesca com que a natureza enriquece um predio rural, o que é perante a legislação senão uma accessão natural, uma acquisição por conseguinte?

Os romanos, cuja historia foi uma occupação successiva que estendeu o rancho de bandidos ás dimen-

sões do imperio universal, não podiam deixar de attribuir a maior importancia a esse meio de adquirir: a caça representava para elles uma imagem da conquista, tanto que lhe era applicavel o decreto da redempção *post liminium*. Nos tempos do feudalismo os senhores das terras monopolisaram a caça coutando os bosques e florestas; até que a reacção manifestou-se restabelecendo o primitivo direito. Eis a origem das anomalias que se notam neste assumpto.

Em geral em toda a materia de occupação preponderam idéas contrarias á organisação actual da sociedade. Logo que um estado se constitue, o que não é patrimonio particular — bona — entra necessariamente no patrimonio publico — fisco - e como tal fica sujeito ás leis e regulamentos administrativos. E' de conformidade com estes, por virtude de sua concessão, que póde ter lugar a occupação individual, a caça, a pesca, a mineração, o uso das matas, e todas as especies de occupação no patrimonio commum. Ahi a acquisição não se opéra entre individuos; mas sim entre o Estado de uma parte e o individuo da outra. No Brazil apesar de ser recente ainda a sua organisação, já as leis sobre terras publicas, e as antigas sobre mineração e terrenos diamantinos, consagraram esse principio, que não é sinceramente contestavel.

Não cabem pois na competencia do Codigo Civil taes

disposições, que devem ser transportadas para o Codigo Administrativo.

Nem se diga que só por haver ahi uma acquisição de propriedade é materia civil ; não, os ordenados, as pensões e mercês pecuniarias são acquisições de propriedade, que entretanto não relevam da lei civil, porque se effectuam entre o individuo e o estado. O que tem mantido nos codigos civis taes disposições, aliás já bem minguadas, é a veneração fanatica da lei moderna pela tradição romana esquecendo que a administração então na infancia devia ter-se necessariamente confundido com a lei de uso mais diario e frequente.

Falta-nos fallar de uma especie de occupação, á que dão o nome de invenção, ella tem lugar á respeito de duas classes de objectos, perdidos e occultos. Aqui reina a mesma perplexidade e mais arbitrio na solução das questões. Tratando-se de objectos simplesmente perdidos, elles pertencem áquelle que os acha, se o primitivo dono não apparecer a reclamal-os em certo prazo, que decorre depois do annuncio de achado. Neste caso não ha occupação, mas simplesmente uma prescripção em favor do inventor ; Justiniano considerava mesmo uma cessão innominada.

A invenção de thesouros, póde effectuar-se de tres modos : — 1.° no bem proprio, 2.° no bem alheio, 3.° no bem neutro ou commum. — No primeiro caso a

propriedade pertence toda ao inventor; no segundo caso metade ao inventor si foi a descoberta fortuita, e outra metade ao dono da terra; no terceiro caso ha uma variante; em alguns paizes vigora a primeira regra, em outros a segunda, representando então como proprietario do terreno o rei, ou o Estado.

E' claro que a propriedade do thesouro não pertence ao dono da terra senão no momento em que o descobre; entretanto no segundo caso de ser o inventor um estranho, o dono da terra acha-se proprietario de metade do thesouro por outro achado, sem nem um titulo para isso. A qualidade de dono da terra não é titulo, pois não bastou para lhe conferir o dominio desse thesouro antes da descoberta; o acaso tambem não, porque foi inteiramente alheio á invenção. O acaso é titulo unicamente para o inventor, por que se elle fizer a descoberta em virtude de explorações e estudos, a lei nada lhe concede. Que serie interminavel de absurdos?

Compare-se com o diposto em relação aos veios de metaes preciosos que são da mesma natureza que os thesouros. Elles podem jazer annos sob a terra, desconhecidos do proprietario, e comtudo são sua propriedade legitima, constituem uma accessão natural. Os thesouros porém, que estão da mesma fórma sepultados no seio da terra, não são accedidos, porque

o proprietario os ignora, ou por qualquer outra frivola razão que não vale á pena de investigar. Um sabio á custa de estudos e explorações scientificas descobre na terra alheia um veio aurifero; não o póde minerar, nem fruir, porque a terra onde foi achado não lhe pertence; mas um vadio descobre nessa mesma terra o dinheiro que a avareza ahi escondeu, adquire a propriedade de uma parte!....

Sublime lei! como encoraja o trabalho!

2.ª *Accessão.*— As reflexões suscitadas por este modo de adquirir estão em parte prevenidas pelas judiciosas considerações que faz Charles Comte. O capitulo relativo á accessão é sem duvida recommendavel aos que prezam os fructos sãos de uma razão esclarecida.

O Direito Civil distingue tres especies de accessão: a natural (accessio), a artificial (specificatio) e a mixta.

A accessão natural é a extensão que a propriedade recebe da natureza, independente de facto do homem. Nesta classe contempla a lei o producto espontaneo das terras, fructos das arvores silvestres e dos animaes, a alluvião, deseccamento das margens do rio, ou mudança de leito, e qualquer outro phenomeno natural que accresça a propriedade. A mais ligeira attenção sobre a realidade das cousas revela a futilidade da lei neste ponto.

Tudo neste mundo está sujeito ás vicissitudes da natureza; tudo soffre a transformação gradual e successiva que constitue a lei da creação: a superficie da terra se é revolvida; o homem mesmo, não obstante o espirito que nelle reside, obedece á lei fatal e periclita, ou assume o maior desenvolvimento de sua virilidade. A lei racional nada tem que ver com esses factos de outra lei igualmente soberana: apenas os registra, quando elles pela sua importancia podem produzir no direito modificações importantes.

A natureza augmenta ou diminue as forças physicas e intellectuaes do homem, modifica o seu trabalho, fonte mais importante da propriedade, altera o exercicio dos seus direitos de existencia e liberdade, a lei civil não proferé uma palavra: mas logo que um phenomeno qualquer toca uma cousa, objecto de propriedade, si por exemplo algumas moleculas de terra foram aggregadas a um terreno pelas fluctuações das aguas do rio, a jurisprudencia accorda e quer que tudo se regule e tudo se previna. Trata-se do rei dos direitos civis, do direito de propriedade.

« Mas se inquirissem della por que em vez de um direito de accessão não ha antes um direito de attracção, de gravitação ou de geração, diz Comte, ella ficaria bem embaraçada para dar resposta satisfactoria.» (Pag. 379.)

Sempre o mesmo aferro á materia. Um objecto póde pelas leis economicas adquerir de repente, em virtude da excessiva procura, um valor duplo do que tinha na vespera, ou mesmo algumas horas antes. O dono desse objecto, achando-se muito mais rico, teve sem duvida um accrescimo de propriedade, que a lei reconhece e garante sem fazer delle um direito especial de augmento do valor; e comtudo esse augmento de valor se realisa á custa do depreciamento de outros objectos e mesmo do dinheiro, por conseguinte com prejuizo de terceiro. Mas como não se tratava de uma extensão material da cousa, passa desapercebido para a jurisprudencia.

Em uma palavra, o que a jurisprudencia chama accessão natural é uma condição inherente á cousa. Nascem as arvores da terra, e as crias dos animaes, da mesma fórma que seccam aquellas e morrem estas. O proprietario recebe essas modificações como a consequencia infallivel das leis physicas; elle sabe perfeitamente que é seu o lucro da sua propriedade, como é seu o prejuizo que provem da mesma cousa.

Que a lei romana, especie de actas das observações juridicas, inserisse esses rudimentos é desculpavel; mas nos codigos modernos faz enrubecer a sciencia.

A accessão industrial é aquella que mais poz á prova a argucia e subtileza dos juristas: ella se rea-

lisa quando duas propriedades se unem e misturam pelo pacto do homem. Já tivemos occasião de tocar nesse principio a que sob o titulo de especificação, os romanos recorreram em pura perda para explicar a acquisição da propriedade resultante do trabalho.

A legislação franceza faz uma distincção em relação á propriedade movel e immovel: a respeito desta ultima confirma o principio do direito romano, de que o solo incorpora tudo quando nelle se radica—*omne quod solo inedificatur solo cedit*. A respeito dos moveis manda observar certas maximas de equidade, bebidas no direito romano. A observação que sobre este ponto faz C. Comte é digna de attenção, não só pelo acerto do pensamento, como pela confirmação que dá ao odioso do privilegio estabelecido em bem do immovel.

« Os redactores do Codigo Civil quizeram que isso que elles chamaram direito de accessão fosse subordinado aos principios de equidade natural no caso sómente em que tenha por objecto duas cousas moveis pertencentes a dous senhores; e quizeram que cessasse de ser subordinado a esses principios sempre que tivesse por objecto duas cousas immoveis ou uma cousa immovel e uma cousa movel. »

« Por que o direito de accessão é subordinado aos principios da equidade natural, quando tem por objecto cousas moveis, e não quando tem por obje

cousas immoveis? Esses principios, bons para resolver as questões ás quaes certas propriedades podem dar nascimento, seriam maus quando se trata de resolver questões que faz nascer outro genero de propriedade? Os proprietarios dos terrenos estarão superiores aos principios da equidade natural e é preciso que as regras da justiça não sejam applicaveis senão aos proprietarios de objectos moveis? (C. C.—398.)

Fique bem consignado que este reparo é feito pelo mesmo escriptor que, tratando da divisão das cousas e recusando como frivolas todas as divisões geralmente admittidas nos codigos e escriptores, aceita, comtudo, como necessaria e de um effeito pratico, a divisão das causas em moveis e immoveis. Este assumpto será depois melhor esclarecido.

O solo exerce pois na jurisprudencia um direito de accessão irresistivel; o que nelle se entranhou fica sendo parte e accessorio. Enterrem-se de boa fé capitaes enormes em um brejo desprezado; erijam-se ahi palacios e construcções sumptuosas; tudo isso que vale cem ou mil vezes mais do que o primitivo solo, não é senão uma dependencia delle. Assim inverteu-se a significação das palavras e os principios para manter um privilegio odioso em favor da propriedade territorial.

Onde a palavra accessão apparece mais ouca e fal-

seada é justamente na especificação. O dono de um terreno sobre o qual construirem a casa tem segundo o direito civil um accrescimo de propriedade; mas fica obrigado a indemnisar o valor da casa, isto é, a comprar a propriedade alheia. Portanto não é a accessão o modo de adquirir, mas sim a compra: apesar da accessão a propriedade continúa a pertencer ao seu primitivo dono, até que a transferencia se opére.

Mas supponhamos que o dono do terreno não é rico e para realisar a indemnisação de um predio de que elle não tem grande necessidade é forçado á vender outros bens mais uteis, como animaes de cultura, e talvez mesmo a hypothecar a sua herdade.

No fim de contas acha-se elle com um prejuizo certo, que lhe desfalca a modica abastança; elle e sua familia sentem os effeitos praticos dessa diminuição do haver; mas a lei civil continúa á pretender que elle teve uma occasião de propriedade.

Dá vontade de exclamar como o poeta! Propriedade! es tu um nome vão!

Quando varios herdeiros recebem de legitima uma só cousa, supponhamos, essa propriedade, de indivisivel, torna-se commum a todos e para dividil-a o direito romano creou uma acção especial — *communi dividundo*. Porque neste ponto ha de vigorar outro principio?

Todo esse cahos creado pela jurisprudencia se dissipa como por encanto. Risque-se do codigo essa palavra accessão que nada significa, e de que se lançou mão quando ainda não se tinha estudado a natureza da propriedade sob um ponto de vista racional, e se limitavam a simples intuição dos factos que a experiencia ia produzindo. A confusão de propriedades pertencentes á varios donos, não é uma difficuldade para a lei, desde que procurar a solução do problema na razão, desprezando falsos prejuizos.

Não importa que a cousa — bem seja movel ou immovel, fusivel ou não, corporea ou incorporea; desde que se operar a confusão de modo que ellas não se possam separar sem prejuizo de uma ou de outra, ha confusão; e portanto communidade da cousa. Assim o painel será propriedade commum do pintor e do dono da tela; o predio do constructor, do dono dos materiaes e do dono do solo; o bordado do dono da fazenda e do fio de ouro. Cada um desses direitos de propriedade, seja qual fôr o seu valor, é tão sagrado como o outro; nem um é principal, nem um accessorio. A lei deve protecção á ambos.

Collocada a questão nestes terrenos, é claro que á todos os communs proprietarios assiste um direito reciproco de desapropriação. Si esse direito não se póde realisar pela opposição de um ou de outro, a

sociedade intervem para fazer avaliar as propriedades confundidas, e reduzil-as por meio da venda publica á essa propriedade homogenea e essencialmente divisivel, o dinheiro, sobre o qual se opéra a separação das cousas connexas e encravadas. Póde haver aqui difficuldade pratica da parte dos avaliadores em discriminarem bem o que pertence a um e a outro; mas difficuldades de lei, não.

Ha uma excepção á esta regra, que melhor notarei com exemplo.

Um individuo usa de má fé da propriedade alheia; cinzella em marmore furtado uma estatua admiravel. Essa propriedade é commum ainda; mas pela offensa ao direito o esculptor perdeu o direito á desapropriação; elle tem de sujeitar-se ao dono da materia prima, embora infima; tem de indemnisal-o dos prejuizos causados, tem de soffrer emfim todas as consequencias más do encravamento ou confusão resultante de dolo seu.

Concluiremos com uma observação. Por ter desconhecido o principio do trabalho a legislação não sabe explicar racionalmente a acquisição de certas propriedades; como por exemplo: do posseiro de boa fé.

3.ª *Successão.*— Dous systemas vigoram na jurisprudencia á respeito da acquisição da propriedade por meio da successão.

Um, que era o do direito romano, data a acquisição do momento em que se effectua a addição da herança ou expressamente *(verbis)* ou tacitamente *(re)*: esse systema é adoptado nos codigos de origem germanica, como da Ausiria, etc. O outro systema, estreado pelo codigo civil francez, data a acquisição desde o instante do fallecimento, o que muito energicamente exprime o axioma juridico — *le mort saisit le vif*. Presume-se a aceitação, embora essa presumpção possa ser destruida pela renuncia posterior, que se retroage á época do fallecimento.

A differença entre os dous systemas, embora de grande alcance pratico, não tem, no sentido em que os consideramos, a minima importancia. O modo de adquirir é sempre a successão; o facto da aceitação expressa ou tacita existe em ambos os casos; em um emana directamente do herdeiro; no outro emana da lei que a manda presumir emquanto o contrario não se manifestar. E' pois indifferente para as observações que vamos fazer essa diversidade de systemas.

A successão é sem duvida uma especie de acquisição; não lhe contestamos essa virtude; lhe contestamos sim que seja o que os civilistas chamam um modo de adquirir, isto é, uma acquisição distincta de outras, e resultando de um principio especial. Para evar este ponto á ultima evidencia, basta remontar á

synthese juridica dessa instituição, ao direito de que ella emana natural e directamente.

Quando a jurisprudencia é atacada pelos utopistas de uma sonhada igualdade, á respeito da legitimidade da successão, onde vai buscar a sua defeza? No direito de contractar, de que a successão é uma especie. De feito, despida essa instituição das formulas de que a sociedade civil a revestiu para garantia individual, reduzida á sua primitiva fórma, ella não é mais do que a doação condicional suspensiva. Ha de uma parte a offerta, ou persumida pelo silencio, ou expressa pelo testamento; ha da outra parte a aceitação, designada aqui pelo termo addição. Pelo effeito da condição suspensiva ficando suspensa a convenção até a realisação da condição, é revogavel, como seria qualquer outro contracto, a venda por exemplo.

« Si a actividade de qualquer homem, diz Ahrens, seja qual fôr o plano inferior em que tenha vivido, se estende por seus effeitos além da morte, não ha razão alguma para que a sociedade tenha o direito de oppôr-se á que essa mesma vontade seja cumprida, quando reservou alguns effeitos para o caso de morte. » Essa obervação é a cada instante confirmada pela pratica. Um individuo vende um objecto de que recebe o preço; antes que o entregue vem á fallecer. O credor, reclamando o que lhe pertence, não proroga por assim dizer essa existencia para exigir della o cumpri-

mento da obrigação contrahida. Si o principio—*mors omnia salvit*—fosse exacto, era preciso applical-o á todas as relações, e não sómente a doação. Era preciso que ahi nos umbraes da vida eterna, se dissipassem todas as obrigações.

Na propria herança intestada, o contracto se revela bem claro. Essa especie de herança ou é necessaria, ou voluntaria:

A herança necessaria não é pois senão o cumprimento dessa condição essencial do matrimonio.

Chegamos á conclusão que criamos; a successão, não sendo mais do que um contracto, não póde constituir um modo de adquirir diverso daquelle; e a lei civil dá prova da estreiteza de suas vistas, e da sua humildade ás tradições encanecidas, qualificando-a como tal.

Os civilistas se defendem neste ponto com uma coarctada ridicula: pretendem elles que a successão é um modo de adquirir distincto do contracto, porque nella não se exige a tradição, essencial para operar a transferencia nos contractos.

Não é ainda a occasião de examinar a questão relativa á tradição; limitemo-nos a destacar o vacuo de semelhante argumento, ou antes a sua manifesta contradicção com as proprias doutrinas da lei.

Ha em jurisprudencia uma posse chamada esta-

tutaria civil, e é justamente a conferida pela lei aos successores nos bens do fallecido. É em virtude dessa posse que o herdeiro é considerado ter em seu poder e guarda o objecto, embora nunca o tenha visto, nem tocado; embora ignore mesmo que elle lhe pertença. Ora si essa posse civil começou no instante da devolução da herança, é porque nesse instante se operou idealmente a transferencia do objecto; portanto houve uma tradição, da mesma natureza que a posse, uma tradição mental, effectuada por virtude da lei. Nem essa especie de tradição é especial á herança. O nosso direito reconhece a posse civilissima da mulher nos bens do marido emquanto não recebe os apanagios.—Lei de 17 de Agosto 1761 § 7.º:—No direito romano se admittia a mesma tradição na doação *causa mortis*; e em outros contractos uma tradição declarativa *brevi manu*, ou uma tradição visual *longa manu*.

Tudo isto demonstra que não é o facto material e de formulas sacramentaes que constitue a tradição; e que ella póde immaterialisar-se até á simples intenção, ou mais ainda até a presumpção dessa intenção. Qualquer porém que seja o gráo em que se apresente, é sempre a tradição: e portanto ainda por esta face a herança não deixa de ser um contracto.

4.ª *Usucapião.*— Este modo de adquirir a propriedade é conhecido tambem na jurisprudencia pelo

nome de prescripção acquisitiva, em opposição á prescripção estrictiva.

Neste sentido parece que a virtude acquisitiva resulta do principio da prescripção; no sentido ethymologico, que é o do direito romano, a virtude acquisitiva parece provir do uso — *usu-capio*, occupação pelo uso, diversa da occupação pela simples apprehensão como tem lugar nas cousas communs.

A prescripção é sem duvida uma causa da extincção dos actos e effeitos: ella extingue, não o direito, nem o seu exercicio, que são imprescreptiveis, mas o acto especial resultante da vontade, o effeito da liberdade do homem. Assim ella se estende aos effeitos da liberdade ao exercicio, como á violação aos direitos: prescreve o contracto como o crime, a propriedade da cousa, como a condição da pessoa, o domicilio, etc. Essa virtude extinctiva de prescripção não é pois especial á uma especie; não ha prescripção que não tenha esse caracter que releve da força do termo — *prescribere*.

Mas a lei civil, fiel a sua distincção entre o direito real e o pessoal, entre propriedade e obrigação, entendeu que só na prescripção de uma cousa corporea o facto importante era a acquisição do dominio — *jus in re*; e por isso associou parvamente estes dous termos prescripção acquisitiva. Por outro lado como a obrigação é cousa somenos, que apenas se considera *in bonis* e não faz parte do dominio, a sua perda não im-

porta acquisição. Deu-se-lhe o nome de prescripção extinctiva; um pleonasmo desta vez.

Quando entre dous individuos uma propriedade se transfere de um á outro, ha diminuição de uma parte, augmento da outra — extincção, acquisicção; pouco importa que a propriedade chame-se obrigação ou cousa.

Si a obrigação, que eu contrahi de fazer ou dar alguma cousa, desapparece, eu ganho essa cousa; do mesmo modo que se m'a dessem ou legassem. Esse ridiculo jogo de palavras, essa technologia impropria e falsa, é um dos maiores defeitos da jurisprudencia, e do que ella mui se ensoberbece.

Entremos na questão da acquisição. Qual é dos dous principios o que opéra a transferencia no usucapião? A prescripção parece não ser, porque só o posseiro de boa fé, que possue um certo tempo determinado, é quem adquire, e não qualquer outro. Ora a legitimidade da prescripção se funda no abandono presumido que faz o proprietario; e esse abono devia ter effeito para todas. No uso tambem não é; porque o simples uso não basta para acquisição de uma cousa; e tanto que não val o transmittido..

Na natureza da prescripção esta é a solução de difficuldade. A prescripção funda-se na presumpção do abandono: essa presumpção é mais ou menos lata

conforme as circumstancias. Assim a honestidade provada pelo justo titulo, a publicidade do uso que induz conhecimento do dono, a maior necessidade do useiro provada pela negligencia do dono em procurar o seu objecto, são causas que determinam a restricção do prazo da prescripção. O uso ahi não é pois causa de acquisição, mas unicamente elemento da prescripção, como a boa fé, o prazo, etc.

Podemos pois concluir : si a prescripção é o principio da acquisição por usucapião ; si a presumpção do abandono é o fundamento de prescripção ; este modo de adquirir não é mais do que a simples occupação. O objecto no fim do prazo marcado pela lei torna-se commum — *nullius ;* extingue-se o direito de propriedade. Mas elle é logo e immediatamente occupado pelo individuo que está na posse delle muito anteriormente ; que começou antes uma occupação condicional para o caso de que o objecto viesse a ser *nullius*.

Um exemplo vai esclarecer o ponto. Dão-me um cavallo por titulo á *non domino,* e começo a possuil-o de boa fé ; no dia seguinte elle foge-me, e é agarrado de boa fé por segunda pessoa suppondo ser o seu ; este vende-o no outro dia á terceiro que tambem o compra de boa fé, e como tal começa a possuil-o. Temos quatro individuos que designaremos por numeros. A é o proprietario, B o 1.° posseiro ; C o

segundo posseiro; D o quarto posseiro. Todos têm um direito ao objecto.

Correm os tres annos da prescripção; nos tres dias seguintes a propriedade se differe successivamente do primeiro ao segundo e do segundo ao terceiro posseiro. Si no primeiro dia o primeiro dos posseiros descobrisse o cavallo na mão de alguem e o reclamasse, a propriedade lhe pertencia embora elle não houvesse tido esse objecto mais que algumas horas em seu poder. A sua posse se continuára pelo animo; e occupára o objecto onde quer que se achasse, no instante em que tornou-se devoluto ou derelicto.

Em summa: A prescripção não é modo nem mesmo causa de acquisição; o seu effeito é tornar o objecto *nullius* susceptivel de occupação Si a prescripção fosse modo de adquirir, tambem a natureza creando os objectos communs, susceptiveis de occupação, seria um modo de adquirir. O modo de adquirir aqui é o trabalho como na occupação.

5.° *Contracto.*— Dous erros capitaes encerra esta parte da lei civil: o primeiro é a confusão de cousa e propriedade: o segundo a confusão do direito com o facto.

A lei materialista, cuja constituição já é conhecida, tendo pautado o direito pela natureza physica do seu objecto, dando toda a importancia ás quali-

dades corporeas, não podia deixar de considerar a propriedade unicamente em relação á essas idéas. A theoria das obrigações não é outra cousa senão o resultado desse prejuizo: uma especie de propriedade hybrida, que é e não é; que é porque póde reduzir-se á cousa, e não é porque ainda não se realisou, materialisou.

Nós já vimos as consequencias absurdas de tal doutrina em diversos pontos. Um individuo é dono de varios objectos como uma casa, uma mobilia, uma joia, ou uma quantia de dinheiro. A sua propriedade real, no sentido economico e social, não é a fórma corporea, mas o valor representado pelo objecto; em outros termos a somma de utilidades que o seu dono retira delle. A fórma é accidental e variavel: ella significa apenas um modo no gozo da propriedade, uma especie da utilidade. Assim si esse individuo mudar de cidade, não lhe prestanto a casa mais utilidade, variando a sua necessidade de especie, elle preferirá ter o seu valor em dinheiro.

« A propriedade ~~do dinheiro~~, diz Savigny, confere o mesmo poder das riquezas que elle mede. Nesta funcção, o dinheiro figura como uma abstracção, devendo servir á conversão de todas as riquezas em simples quantidades. Tomo 2.° pag. 4. E' pois a parte de cousa conversivel no typo universal de riquezas, que constitue a propriedade. Ella não é in-

variavel, porque nada ha neste mundo que não soffra a condição terrestre; mas elle tem a universalidade que não tem a outra parte de cousas, a parte material, a fórma. « *Non alienantur nummi qui sic dantur ut recipiuntur*. L. 55 D. de sol.

Postos estes principios, é claro que a verdadeira e real acquisição da propriedade não resulta das variações que póde soffrer a fórma material do patrimonio; isso será uma transformação, não uma acquisição. Eu tenho um predio na cidade que vale vinte contos de réis; é o meu patrimonio. A saude ou qualquer outra circumstancia me obriga a morar no campo; e como não me convenha sujeitar-me as contigencias do aluguel, resolvi vender o predio urbano para comprar um rural. Effectuo a primeira transacção; realiso o valor em dinheiro; e compro afinal a chacara pelo mesmo preço; ahi estão duas transacções, que me fizeram dono successivamente de tres objectos, a casa, o dinheiro, a chacara. — Mas áfinal apesar dessas transformações não me acho nem mais rico, nem mais pobre: — não adquiri, nem perdi.

A lei civil diz o contrario; pretende que eu adquiri e o outro perdeu, a chacara; mais o outro adquiriu e eu perdi o dinheiro.

Ha nos contractos duas especies de transferencias bem distinctas: a transferencia gratuita — doação — e

a transferencia onerosa — venda. Fóra destas não ha outra transferencia possivel: sejam quaes forem os nomes de que as vistam e as condições de que as acompanhem, todas se reduzem a estas. O commodato, o mandato, a successão, a doação, são a transferencia gratuita do uso de uma cousa ou serviço, ou da mesma propriedade. O mutuo, a locação e a venda são transferencias onerosas.

Quando pois houver uma transferencia gratuita, haverá sem duvida uma acquisição de propriedade, mas quando a transferencia fôr onerosa, não ha acquisição e apenas transformação de propriedade. Haverá sim acquisição de uma cousa especial; mas disso não deve curar a lei.

Quanto ao segundo erro de confundir o direito com o facto, é flagrante.

Vimos que aberrações foram commettidas pela legislação para fundar o seu direito real, o dominio, especie de soberania sobre a cousa. Esse dominio — *jus in re* — é aquelle que inhere na cousa, que se incrusta nella. Embora a cousa seja arrancada ao poder do seu legitimo senhor, não deixa nunca de ser sua; onde quer que se ache, através do tempo e do espaço o direito a segue fatalmente como uma segunda natureza, como a sua natureza juridica. Ora parecia que logicamente a cousa devia sempre obedecer ao direito. Pois não é assim.

O dono de um objecto declara mui expressa e terminantemente, pelo modo mais solemne e authentico. que é sua vontade transferir o dominio de certa cousa á terceiro. Nenhuma duvida ha que perante a razão e o bom senso a transferencia está consummada ; porque a vontade se manifestou legal e perfeitamente. Em todas as relações da vida, no casamento, na successão, o contracto está perfeito ; os proprios civilistas não contestam que a obrigação existe ; mas negam que a transferencia se tenha operado, porque falta a *tradição* pois a cousa não passou de uma mão á outra.— *Traditio est de manu in manu datio.* — Inst. tit. *De rerum dir.*

E' quanto basta. — Si o contracto está perfeito, si delle nascem obrigações, é porque houve transferencia de direito ; e se esse direito transferido não é o dominio, então confessai que o vosso direito real, o vosso dominio — *jus in re* é uma miseravel e absurda invenção ; em vez de ser uma faculdade é um onus ; em vez de dominar a cousa é dominada por ella ; é ella quem o attrahe e o governa ; sem ella elle nada é, apenas uma mera obrigação. Em vez de *jus in re*, chamai-o *jus rei*, direito da cousa sobre vós, porque é a cousa que vos governa, que vos impede de transferil-a pela vossa unica vontade.

Eu sou dono de um navio que viaja, de productos que ainda não estão colhidos : quero vendel-os, acho

quem m'os compre, mas não posso effectuar a transacção porque as cousas não estão presentes e eu nada posso fazer sem a sua tradição; quasi se póde dizer sem o seu consentimento. Para evitar o clamor que isso produziria, a lei inventou a tradição symbolica visual, *longa manu* e declarativa *brevi manu*; e ultimamente o commercio inventou outras tradições ainda mais ideaes: basta entregardes ao comprador uma folha de papel paquete onde se lavrou o conhecimento, para se operar a tradição de fazendas que estão na China.

Mas não recorramos a esse meio; mesmo no direito civil, a chave da casa entregue opéra a tradição da casa. Ora o que significa essa entrega de chave? E' a chave um objecto de natureza tal que só por si atteste de uma maneira authentica que o dono da casa a entregou? Não; uma chave furta-se, dá-se por engano, obtem-se por dolo, mais facilmente do que se lavra um contracto. Então o que vale isto. Um modo symbolico de declarar que entregou a casa. *Risum teneatis.* A declaração solemne, perante official publico, vale menos que um acto symbolico, contestavel cuja prova final é o testemunho.

Bastem estas considerações. No estudo seguinte destinado á posse se aprofundará esta questão que mais directamente á ella se prende. Entretanto algumas observações convem fazer sobre a tradição especialmente applicada á compra e venda.

Não obstante as caprichosas e inuteis distincções de jurisprudencia a compra e venda será sempre a permuta ; pouco importa a qualidade dos objectos que se trocam, a essencia do contracto permanece a mesma, uma reciproca alienação de cousas. Si o dinheiro é, não só o aferidor universal da propriedade, como uma cousa de utilidade multipla, não se segue que deixe de ser cousa ; do mesmo modo quando um objecto qualquer adquire pelas condições economicas certa immutabilidade do preço, a par da procura constante, elle attinge o caracter de moeda, mas nem por isso passa a ser moeda.

Na Chapada Diamantina compra-se e vende-se o diamante bruto ; em Minas outr'ora o ouro em pó, como na California. Nos sertões do norte em tempos de secca já se comprou á quarta de farinha de pau, porque era o genero mais necessario.

Entretanto ninguem diria que esses objectos, por terem naquellas condições adquirido a natureza da moeda, haviam mudado a natureza do contracto?

Por outro lado si o dinheiro offerece as oscillações do cambio, essa fluctuação do valor é ainda mais sensivel nos valores não amoedados, que além das repercussões financeiras, soffrem a influencia industrial e economica.

Uma casa que hoje vale cem, amanhã valerá oitenta ; essa baixa poderá ser devida em parte a super-

abundancia do meio circulante ; mas é tambem causada por um motivo inherente á causa ; ou por falta de necessidade de casas, ou pela difficuldade de sua venda, ou pela diminuição dos alugueis.

Mas tudo isto que importa ? Quando eu troco uma casa por outra, o preço ahi está na propria cousa ; não ha necessidade de definil-o no contracto, visto que o objecto material por si o especifica e a utilidade que eu delle retiro o determina. Si em vez de trocar a casa a vendesse por certa somma com a qual iria comprar a outra, que papel representára o preço nesses dous contractos ? Simples medida. Ora não precisando eu dessa medida geral, porque tenho a medida especial da minha utilidade, o contracto não deve soffrer por isso a menor modificação.

Isto posto exemplifique-se. Realisa-se entre dous individuos uma permuta, troca ou venda ; parece ao bom senso que as condições dos permutantes devem ser iguaes ; assim porém não succede na lei. O vendedor é mais privilegiado do que o comprador. Si o vendedor entrega o objecto sem receber o preço, tem hypotheca sobre a cousa para a garantia do pagamento. Si ao contrario o comprador paga, sem receber a cousa, corre o risco sem a menor garantia. Ora desde o momento em que, em virtude de um contracto destinado a alienar duas cousas, um individuo entra no dominio de uma cousa, parece que o outro deve implicitamente

e por esse simples facto adquirir logo o dominio de outra cousa, pois um é condição do outro. Si assim não fôr, o contracto se resolverá em doação e mudará de natureza.

CAPITULO VII

A POSSE

A metaphysica subtil da jurisprudencia ostenta-se em toda a sua confusão no assumpto da posse. Os proprios civilistas, affeitos ás intrincadas teias da lei, sentem-se e se confessam perdidos no seio deste labyrintho.

Observemos o labyrintho pelas suas faces mais curiosas; e vejamos si é possivel prenetral-o com um raio luminoso, que esclareça ao menos a mesma desordem e confusão, e nos mostre a configuração do amalgama.

Quando se percorre a parte da lei civil relativa a propriedade e se observa á cada instante nas relações individuaes figurar a posse, a interrogação que logo se fórma no espirito investigador é esta.—Que papel representa a posse nas relações juridicas? E' um direito como o dominio, ou simplesmente um facto como a aprehensão?

Responda um dos mais illustres interpretes da lei, Troplong:

« A propriedade, o mais cioso de todos os direitos,

não é condemnada á viver na região das abstracções; ella se traduz em actos de gozo e se manifesta por factos exteriores.

Esses actos, esses factos constituem a posse.

A propriedade é o direito, a posse é o facto; é o direito passando ao estado de actividade e realisando-se na sua esphera por actos sensiveis. »

Essa é geralmente a doutrina dos commentadores que qualificam o dominio *juris* e a posse *facti*: essa é a verdadeira e sã idéa que se deve formar desse acto juridico, tão simples de sua natureza, e comtudo tao complicado pela legislação civil. Mas a lei desmente a cada instante a theoria por ella estabelecida, e ora elevando-a para a categoria do direito, ora reduzindo-a á simples facto, gera uma perturbação tal nas relações juridicas, que a razão, já tão opprimida na lei da jurisprudencia, é aqui inteiramente expellida.

O proprietario de um objecto perdido ou desencaminhado, cujo titulo é vicioso, ou difficil de colligir, prefere recorrer á posse para reclamar a cousa de que está privado; o pleito em vez de assentar sobre a reivindicação joga sobre o interdicto possessorio. O esbulhado obtem de novo a seu bem, mas unicamente á titulo de posseiro; a questão da propriedade fica salva; tanto que se houver segunda pessoa com melhor direito de propriedade, póde a seu turno reivindicar a cousa.

Neste caso é incontestavel que a posse figura, não já como simples facto, mas como direito tambem. E' em virtude della que o proprietario, prescindindo de seu dominio, constrange legalmente a liberdade de outrem forçando-o á restituição da cousa. Ora esse constrangimento legal da liberdade não póde ser feito senão pelo poder juridico, sob pena de degenerar a lei em tyrannia. A lei civil está pois nesse dilemma entre a contradicção e o despotismo: ou qualificà a posse de direito ; ou escravisa a personalidade á um facto.

Bigot de Preameneu, expondo os motivos do titulo relativo a prescripção, dizia :

« Possuir é o fim a que se propõe o proprietario : possuir é um facto positivo exterior e continuo que indica a propriedade. A posse é pois ao mesmo tempo o attributo principal e a prova da propriedade. »

Em direito romano —*juris possessio.*

Outro exemplo mais frisante offerece o posseiro justo. Este não só é restituido na posse da cousa que lhe foi usurpada e tem acção contra o usurpador e seus successores, mais exclue o proprio senhor legitimo, si este por qualquer circumstancia não puder provar melhor a posse, embora exhiba logo titulo incontestavel de dominio. O posseiro continúa a possuir até que se decida a acção reivindicatoria.

O direito de posse é aqui tão poderoso que resiste

ao proprio dominio o *jus in re*, o direito por excellencia; não tem, é certo, a força de invalidal-o, mas invalida-lhe os effeitos, retendo o objecto na mão do simples posseiro. Ainda mais, si a posse é de boa fé, ella tem a força de attribuir ao posseiro os fructos colhidos, estabelecendo assim uma verdadeira restricção na propriedade, pois despe-a por algum tempo de um dos seus mais importantes elementos, o usufructo. Absurdo fôra suppôr que todos estes effeitos juridicos resaltam de um simples facto, quando elles estão assignalando a existencia bem patente de um direito, e um direito privilegiado.

Esta oscillação da lei, ou antes contradicção em classificar o mesmo acto como direito, quando anteriormente o classificára como simples facto, não é porém a unica nem a maior anomalia da lei. Outra apparece logo a quem estuda o assumpto ; é a confusão que se faz não só nos livros da jurisprudencia como nos codigos entre a posse e o proprio dominio. O direito, desce, e o facto eleva-se para se nivelarem e confundirem.

O que distingue o direito real, o dominio, é o poder (que elle tem) de inserir-se na cousa, de modo que a segue através do tempo e do espaço. Nisto revela a sua natureza juridica, a sua nobreza racional, como exerção da personalidade humana ; a força que nella reside é a força racional e não a força bruta, é a força

que se estende além do alcance do braço, além da esphera actual da actividade material, e que exerce uma especie de cohesão moral.

A posse, simples facto, não póde de fórma alguma revestir esse poder real do dominio. Como as palavras e as idéas que eu exaro neste papel, embora emanadas de meu espirito, não recebem porção alguma desse espirito de que são apenas reflexo, e não podem portanto pensar e crear novas idéas ; assim tambem a posse, expressão exterior e manifestação do dominio, não póde logicamente desempenhar as funcções juridicas daquelle direito.

Eleve-se porém a posse á altura do direito, e colloque-se á par da fruicção, ou uso, ainda assim esse direito fragmentario da propriedade, não compete com o direito primordial, o dominio. A razão é obvia. O dominio representa a parte nobre e racional do direito ; a soberania individual do homem sobre as cousas, o titulo racional da propriedade. Os outros direitos fragmentarios representam a face utilitaria do direito, importante sem duvida, mas subordinada á primeira de que é consequencia. Quando eu digo — *isto é meu*, exprimo que em mim reside o titulo da legitimidade do poder com que excluo os outros daquelle objecto, seja esse titulo o meu trabalho, ou a transferencia de um outro direito. Quando eu digo tenho o fructo ou uso disto, indico que a propriedade desse objecto está restringida

em meu favor, mas não deixou de existir; por isso esses direitos subordinados precisam de estar em contacto com a cousa, sob pena de se esvanecerem. O senhor tem dominio sobre a cousa roubada cujo destino ignora, o usuario porém não tem uso na cousa de que elle realmente não usa. O primeiro direito plana sobre os factos; o segundo depende delles. A mesma cousa nós observamos em relação a qualquer outra manifestação da personalidade; o domicilio por exemplo comprehende o direito de habitação, de fôro e outros; si não estiver no lugar, não habita, entretanto continúa domiciliado.

Esta demonstração era necessaria para provar a premissa — que nenhum dos direitos parciaes da propriedade podem attingir á mesma altura que ella, e existirem plenamente sem o contacto com as cousas. A posse entretanto figura em muitos casos de modo a não se differençar do dominio, o que perfeitamente se observa na marcha da prescripção acquisitiva, ou usucapião.

A jurisprudencia distingue duas especies de posse, civil e natural, ou perfeita e imperfeita, conforme a phraseologia do codigo da Prussia. A perfeita é a daquelle que possue com animo de ter — *animo possidendi;* os romanos chamavam esta *civilis possessio*. A imperfeita é daquelle que possue materialmente a — *nuda detentio*, sem vontade de fazer sua a cousa: os romanos cha-

mavam esta—*corporalis possessio*. Savigny menciona uma terceira especie, a daquelle que possue com animo de posse e não de propriedade, tal como o marido a respeito do dote da mulher, e que se poderia chamar posse pretoriana por lhe serem applicaveis os interdictos.

A posse perfeita quando revestida dos requisitos legaes *(da boa fé e publicidade)*, conduz á prescripção acquisitiva. Terminado o prazo legal, a propriedade se devolve do primitivo senhor ao actual em virtude da posse anterior, sem dependencia de nenhuma outra condição O animo com que o individuo começou a possuir é o mesmo com que elle começa agora a ter: os jurisconsultos o chamam indistinctamente *animus possidendi* ou *animus domini*, quér em relação á simples posse, quér em relação a occupação primaria. Que o animo de fazer sua a cousa existe na posse prescriptiva, é incontestavel. O posseiro está de boa fé, tem um titulo que legitima a sua propriedade ; sua intenção não póde ser outra senão a de senhor, intenção igual a que teria o caçador se apropriando da caça.

Esse elemento juridico, a intenção, acha-se pois tanto na posse como no dominio.

Quanto ao effeito, o posseiro de boa fé, munido de um titulo, exerce todos os direitos dominicaes em relação á todos e quaesquer individuos ; menos contra o verdadeiro senhor da cousa, ao qual o seu direito

cede. Mas estudemos este ponto com reflexão, e veremos que essa restricção da posse não é bastante para tirar-lhe absolutamente o caracter dominical que a lei civil sem querer lhe empresta.

Primeiramente, não haverá dominio que esteja no mesmo caso da posse presciptiva? Sem duvida, acode-nos agora muitos de que mencionaremos dous. No dominio na venda á retro, o comprador usa dos direitos dominicaes até o momento em que melhor direito de dominio vem pôr termo ao seu e disputar-lhe a cousa. Depois convem advertir, que si o senhor legitimo da cousa não a reclamar, a posse é considerada sempre verdadeiro dominio; e portanto nenhuma differença tem delle.

Na accessão a lei arranca o dominio de uma cousa sob pretexto de accessoria ao seu legitimo senhor e a transfere ao dono da outra cousa considerada como principal. Em troca do dominio extorquido concede ao proprietario uma indemnisação, em outros termos, um direito pessoal, uma obrigação. Apesar dessa desapropriação forçada por utilidade individual, não se contesta o direito de dominio que tinha anteriormente o dono do accessorio. Do mesmo modo a reivindicação, que soffre o posseiro de boa fé, não basta para se negar á sua posse a qualidade de dominio.

E' indubitavel a confusão existente na lei entre dominio e posse. Veremos mais tarde essa confusão

patentear-se ainda mais clara na transferencia do dominio por effeito das obrigações; essa confusão resulta de metaphysica da jurisprudencia. Em vez de considerar a realidade das cousas, formou um mundo ficticio, onde a razão se perde. Que necessidade tinha o direito das subtilezas de distincções e palavras, para o jogo perfeito das relações civis? Não fôra mais claro uniformisar a propriedade e suas evoluções, do que estar á crear esses direitos subterraneos, especie de toupeiras, que vivem em uma esphera inferior ao dominio?

Um objecto é roubado; alguem o compra, sabendo a sua origem, mas vende-o a outro que ignora, e não lhe paga o preço. O comprador, faz doação á uma terceira pessoa; esta o aluga a uma quarta, de cujo poder é extraviada. Finalmente depois de uma longa e rapida evolução, todos os falsos e pretendidos direitos que esse objecto, emblema de violação, foi semeando no seu caminho, cahem afinal sobre a cousa, como as garras de uma fera sôbre a presa, e a disputam. A jurisprudencia tem uma mina inexgotavel de direitos, de acções e interdictos, para todos elles; aqui é o posseiro civil, alli o mais antigo, aqui o que mais garantia offerece, aqui o de boa fé contra o de má fé, o justo contra o injusto, este tomou posse natural, aquelle symbolica, este ficta; um pelo simples olhar, outro, etc. Emfim a scena do *Barbeiro de Sevilha* não daria idéa da confusão de tal pleito.

A razão, chamada á estudar singelamente essas relações juridicas, diria : attribua-se a cousa á quem é, ou se presume ser, o senhor della ; os outros são falsos proprietarios, como seriam falsos maridos, pais, ou filhos, caso houvessem gozado desse titulo indevidamente. Não é preciso inventar um novo termo para designar em relação á propriedade essa discordancia entre o facto e o direito ; a palavra é a mesma — falsidade.

A jurisprudencia tem comtudo, não uma justificação, mas uma desculpa. Ainda hoje o titulo da propriedade não tem a certeza que é de desejar ; é facil suppôr o que não seria outr'ora. A doutrina romana das obrigações, um dos meios de transferencia das cousas, nos dá uma idéa do quanto era precaria a propriedade. Dahi a necessidade de julgar unicamente pelo facto material, a invenção da posse civil, *juris possessio* ; como porém nem sempre o facto material era a prova certa do dominio, que podia surgir e desmoralisar a justiça, foi necessario resalvar nas questões de posse o direito de propriedade. Crearam-se então os interdictos, os quaes, segundo Justiniano, eram decretos dos pretores relativos unicamente aos dous disputantes *inter duos*, diversos portanto dos edictos, cuja acção era geral. Era o systema do palliativo ; a justiça temia elevar-se ao auge do direito e dahi julgar a questão da propriedade,

porque sabia que alluvião de pretenções tituladas, direitos reaes, privilegios, servidões, hypothecas ia formigar. Então tratava apenas de decidir entre os dous que contendiam.

Eis como se foi construindo essa intrincada jurisprudencia de posse, especie de excavação subterranea de propriedade onde vão encontrar-se a negligencia até o desmazelo, o dolo, a fraude e até o crime, para dahi escarnecerem da propria lei que os protege.

Quem ousaria hoje sustentar que um individuo deva auferir vantagens de seu crime sem ver levantar-se contra elle a indignação geral? Pois a lei civil não só o diz, mas o ordena. Ella creou expressamente para isso o interdicto possessorio *uti possidetis* para os immoveis, e *utrubi* para os moveis.

Si pois um litigante mais audaz se apoderar de alguma terra disputada, o acto de violencia ou fraude que elle haja commettido contra o posseiro actual só o prejudica em relação a elle; quanto aos outros goza das mesmas regalias que teria um legitimo proprietario. A verdadeira justiça começaria por expulsar da terra o individuo que nella entrára por meios illegaes; e depois de assim vingada a lei ultrajada, conheceria da questão da propriedade. A jurisprudencia protege o criminoso, pelo principio dos factos consummados, pelo espirito do materialismo; o facto

actual é mais positivo do que o facto anterior: seja respeitado, embora torpe.

Depois que se encontra a posse no dedalo da jurisprudencia, e se procura de balde acompanhar as suas temeridades, o espirito naturalmente remonta á idéa geral da propriedade anteriormente estudada, para estabelecer a juxtaposição daquelle direito relativamente ao direito primordial; e então sente um serio embaraço em assignar o lugar que lhe compete. A posse lhe apparece então sob um duplice aspecto — a posse do proprietario ou do que a tem do proprietario, e a posse do que não é proprietario, e não a tem do proprietario.

Esta ultima nada tem de commum com a propriedade, diz o texto romano — *nihil commune habet proprietas cum possessione;* L. 12 § 1. D. adq. vel. amit. poss. Entretanto lhe conserva o nome de posse, produzindo assim um dos defeitos de linguagem tão censurados por Locke; e o que mais é, lhe attribue, como vimos, a mesma origem e o mesmo effeito da propriedade.

A outra porém, a posse do senhor ou do que delle a recebeu, essa é sem duvida uma parte da propriedade, um direito connexo della. Entretanto, tratando dos desmembramentos do dominio, encontramos o direito de uso, de fructo, de habitação, de servidão, e não

deparamos com um direito de posse. Que direito escorregadiço pois é esse da propriedade, que escorrega á analyse quando se trata de estudal-a? Não é que seja impossivel separal-o della, como os outros; no penhor ha uma verdadeira transmissão de posse sem uso, nem fructo: em outros casos a simples posse póde-se destacar como no caso do deposito. O depositario tem sómente a posse, a qual lhe é util e elle tem interesse em conservar, porque lhe rende um salario estipulado pela guarda do objecto.

Si por outro lado a posse é examinada pelo prisma dos direitos reaes, ella figura apenas como um direito pessoal ou obrigação, o que revela mais uma incoherencia. Assim como o uso, o fructo, e todos os fragmentos da propriedade constituem direitos reaes, a posse que, a ser direito, está nas mesmas condições, devia gozar do mesmo titulo dominical; e goza realmente no caso do penhor, apesar do quanto dizem os commentadores. O credor pignoraticio tem um direito real de posse sobre a cousa penhorada, direito que não se deve confundir com a restricção do dominio, ou inalienabilidade da cousa: elle exclue a todos da posse da cousa.

Póde-se figurar um caso em que a simples posse é direito real. E' legada uma somma de dinheiro da seguinte maneira: usufructo a um, o dominio a outro, e para garantia do senhor é confiada a posse

a terceiro Esse posseiro não tira o menor lucro dessa posse ; não se póde dizer que elle usa do objecto ; mas ninguem, nem o dono nem o usufructuario da cousa, nem outro qualquer, póde prival-o desse direito de guarda e inspecção, que lhe foi legado em testamento, o que é um direito seu, absoluto e real.

Isto nos leva á mais importante questão da posse, áquella que fórma a base de todo esse intrincado labyrintho.

No direito romano a posse que por si só, em contradicção com a propriedade, figura tanto na lei, desapparecia quando se a considerava unida á propriedade. Então o dominio a absorvia, a entranhava em si ; ou antes revestia-se della, incorporava-se nella para se poder manifestar. Sem a posse o dominio era uma abstracção philosophica, uma intenção muda, um direito suspenso ; era emfim a obrigação. Com a posse porém incorporava-se, e assumia o caracter absoluto-real que lhe communicava a materia ! Daqui resulta essa confusão que ainda hoje se nota entre o dominio e a posse.

Resumindo em um axioma a theoria do direito romano, o codigo civil francez exarou no art. 2279 estas palavras.—*En fait de meubles, possession vaut titre ;* maxima que segundo affirma o J. C. citado na Concordancia das leis civis, é de origem germanica. Entretanto os codigos allemães mantiveram ainda, como as

nossas Ordenações, a doutrina mais geral do direito romano, que passamos a examinar, simultaneamente com a innovação franceza.

Quando se contempla o movimento rapido e multiplo da sociedade civil, e as evoluções que devem necessariamente effectuar a propriedade individual, e os desvios a que a submettem o crime e o erro, o legislador reconhece por certo que em face tem um dos mais difficeis problemas civis; o de assignar a cada um desses direitos que se cruzam, se embatem e se modificam, a sua justa esphera; e manter a cada um a porção de valor que constitue o seu objecto e que faz parte do patrimonio individual.

Qual é o cunho que se ha de estampar no objecto, a etiqueta que imprima nelle o direito, e portanto o nome do seu legitimo proprietario, de modo que em qualquer lugar que se ache, seja qual fôr o poder que o retenha, elle denuncie o seu legitimo senhor? A posse, a apprehensão corporea do objecto, a união material da personalidade com a cousa, está habilitada a desempenhar essa importante e elevada missão de justiça e verdade em relação ao direito de propriedade?

Fôra absurdo suppol-o: e só pelo contagio da tradição se concebe que espiritos superiores se tenham contaminado de uma tal enfermidade.

A posse, despida das ficções da jurisprudencia, restituida á sua original pureza, é a apprehensão, a occupação. Apesar do que pensam os romanistas de *sedibus quasi positio,* ou *pedibus quasi positio ;* ou antes, como eu supponho, que ella deriva de *possum* — e *sedeo ;* e indica esse poder de situação, que é sem duvida a mais expressiva manifestação da occupação. Possa situar aqui o meu direito, possa dar-lhe esta base fixa, permanente, da qual ninguem o deslocará ; possa radical-o emfim neste objecto material.

A posse porém, despida das ficções de jurisprudencia, restituida á sua original pureza, é a apprehensão ; ella representa a situação actual da cousa em relação ás pessoas ; desenha portanto o estado real da propriedade, estado que póde ser e é frequentemente o inverso do estado juridico. Si fosse possivel parar o movimento da sociedade civil ; e proceder a uma liquidação geral, como de uma casa mercantil, talvez fosse bem diminuta a porção de objectos que estivessem na sua séde primitiva, no dominio e posse de seus legitimos senhores. O aluguel, o commodato, a venda, o penhor, as heranças, o roubo, o extravio, teriam revolvido todo esse mundo.

Ora attribuir á posse, isto é, ao facto, o poder de regular o direito, é dessas blasphemias que só se encontram no direito civil. Consentis que a propriedade

se mova, que os direitos se entrelacem, que a sociedade viva emfim á sombra da lei, e de repente a sorprendeis, como o salteador de emboscada, no momento em que separa-se da sua propriedade, para dizer-lhe escarnecendo: — *A posse vale titulo!*

De que serve então toda essa longa dissertação á respeito de contractos e obrigações, si vós lhe tirais a qualidade do titulo e prova de propriedade? De nada vale este papel sujo que o vendedor recebe do comprador; porque, si o objecto é transmittido, a sua posse é o titulo; si não é transmittido, póde ser novamente vendido á terceiro, sem que o primeiro comprador o possa impedir.

Foi coagido por esse absurdo que o codigo civil francez, art. 1583, estabeleceu que a propriedade da cousa vendida passava para o comprador pelo facto do contracto e independente da entrega. Assim ao menos se dava ao contracto algum prestimo; elle servia de titulo só contra o vendedor, mas alienando este segunda vez á cousa, o novo comprador emittido na posse é o verdadeiro senhor; porque se apresenta com um titulo mais valioso. O legislador francez fez nesse ponto um esforço para arrancar á lei essa tunica de Nessus do materialismo; mas faltou-lhe a coragem para arrancar com ella as carnes do monstro, e humilhou-se; e sua nobre aspiração ficou nessa insignificante homenagem prestada á razão.

Felizmente a lei criminal, mais illustrada e racional, que já espedaçou o jugo das tradições romanas e godas para associar-se francamente ao progresso das idéas modernas, a lei criminal vinga a razão humana desse insulto que lhe irrogou a jurisprudencia de submetter o direito ao facto, a propriedade á posse. Em todos os codigos é punido o estellionato; e o estellionato não é mais do que a alheiação de um objecto já alheiado anteriormente: Ora a alheiação, filha de um crime, não é um direito, não póde sel-o. Não ha conveniencias sociaes que pesem na consciencia humana á ponto de abafar a sua justa indignação, contemplando essa triste farça do crime mascarado em direito.

Mas na propria jurisprudencia, na propria legislação romana, se revelam as fracturas desse vicioso systema. O materialismo, mesmo rojando pelo pó, não escapa ao poder vivo e incessante da razão: e é obrigado a humilhar-se ainda que não seja senão para melhor arrastar-se, como o reptil, quando se espalma na terra. As provas eil-as.

A posse immaterial nos objectos não corporeos, *quasi possessio*, o que é senão um ridiculo expediente, um sophisma para evitar a seria difficuldade da doutrina adoptada? Não podendo haver propriedade sem posse; sendo a posse o titulo da propriedade; a propriedade incorporea, os direitos reaes de servidão

se tornavam impossiveis ; era preciso pois inventar essa cousa hybrida, essa *do ser e do não ser porção impura*. Uma posse que não é posse; uma apprehensão corporea de uma cousa espiritual ; uma excentricidade metaphysica.

Onde porém a retratação se torna vergonhosa é nas invenções não menos originaes da posse symbolica e especialmente da ficta, por virtude da constituição da posse — *clausula constituti*, ou da presumpção proveniente de actos subsequentes. Esta lei, que subverteu todos os principios e normas do justo para calcar sobre as ruinas do direito uma doutrina arbitraria e iniqua, e submetter o direito a contigencias materiaes do facto, essa lei materialista e brutal satisfaz-se agora com duas palavras, com uma especie de posse verbal.

Vós, dono de um objecto, declarais perante official publico e com todás as formalidades que vendeis vossa propriedade a outrem; esse contracto, perfeito, acabado, não basta para que a vossa propriedade se haja por transferida ; a vossa vontade livre não póde tanto, porque vosso direito depende da cousa, e emquanto ella não se mover, elle não se move ; mas si vós illudis a lei e declarais que ficais possuindo o objecto em nome do comprador, então sim ; depois dessa subserviencia de vossa personalidade á natureza bruta, então o dominio está transferido. Pouco importa que a posse de facto passasse á palavras.

E' assim que se legisla para essa miseravel sociedade civil. A que ficam reduzidas as declamações com que se procurava justificar a necessidade da posse, como uma garantia da segurança de propriedade? Onde está essa garantia, no acrescentamento de duas palavras que não indicam mais do que a transferencia expressa já anteriormente feita? São essas duas palavras que hão de dar ao juiz a luz para esclarecer a treva em que deixais a propriedade?

Não é só a extravagante transformação da posse —facto em posse —palavras o que ha a notar na posse ficta. Para invental-a foi preciso arrasar pela base a verdadeira posse, a corporea. Realisado o contracto de compra de um objecto, o comprador confiado na lei em face da qual tal contracto por si só gera apenas uma obrigação, hesita em adquirir o dominio de que tem o titulo; pára por conseguinte nesse espaço intermedio que separa o contracto da tradição: em sua vontade gera-se mesmo um animo de não possuir, pelo qual elle prefere o mal proveniente da infracção do estipulado, ao direito real que se lhe confira a tradição. Nesse tempo porém o vendedor pratica um acto qualquer, deita o nome supponhamos do comprador sobre o objecto; e por esse acto transfere-lhe a posse inscientemente. Entretanto qualquer jurisconsulto sustenta que não ha posse civil sem intenção de possuir — *animus possidendi.*

Finalmente a posse qualificada de titulo de propriedade encontra resistencia na propria posse. De feito, si a qualidade eminente que a jurisprudencia aprecia na posse é o facto, a manifestação material de intenção; si dahi emana a virtude que se lhe attribue de assignalar o direito e restabelecer a ordem nos casos das transacções individuaes, é claro que tanto mais evidente e material fôr a posse, maior será a sua virtude, e melhor o titulo de propriedade que ella representa.

Portanto a actual detenção — *nuda detentio*, a pura e simples retenção da cousa, é a mais valiosa, a mais forte das posses, porque é a que tem mais vestigios materiaes, a que é actual e se manifesta por si mesma á simples inspecção ocular. *Possideo, quod possideo*, deve ser a suprema razão do que tem em seu poder *in manu*, a cousa disputada; elle não precisa de outro titulo, nem de outro direito, senão o direito do facto consummado. A posse civil, a posse anterior, embora legitima e de boa fé, todas devem ceder diante da posse actual, seja ella viciosa. Taes são as consequencias logicas e necessarias do axioma que erigiu a posse em titulo.

Desde que a jurisprudencia não as admitte, desde que ella creou a posse civil que se conserva sómente pelo animo, a posse estatutaria que se adquire ao feto no seio materno e ao ausente, devia renegar do mate-

rialismo inveterado, e procurar um outro meio de resolver o mais arduo problema da propriedade, a sua segurança.

Mas não era isso dado ás suas idéas tacanhas, nem á esphera inferior em que ella se arrasta. A posse continuou a valer titulo.

E que vale este titulo, pergunto-vos eu, quando uma cousa póde ter sido possuida por todos aquelles que se julgam com direito á ella? De que prestará a chave magica com que pensais solver todas questões —*melior est conditio possidentis*, si muitos forem igualmente posseiros?

Tereis de embrenhar-vos no dedalo dessas posses equivocas, de apreciar factos ephemeros, de penetrar a mente para conhecer a intenção, de guiar-vos por indicios e presumpções, de enleiar emfim essa meada juridica, especie de nó gordio, que não desata a justiça, mas corta o arbitrio e a tyrannia. Finalmente depois de consumido o tempo, ludibriado o direito, e prejudicado o interesse das partes, o que nos mostra a pratica forense? Surge a questão de dominio, e é sobre ella que afinal se colloca a questão para ser resolvida. (C. de Rocha 423.)

Portanto a vossa *posse titulo* nada vale; perante a razão é um absurdo; perante a realidade das cousas, uma superfluidade; perante o direito, uma iniquidade.

Desta condemnação não a salvam nem a veneração devida ao direito, nem a illustração reconhecida do codigo Napoleão.

Estudada a natureza da propriedade, se conhece que a posse não deve figurar senão como um direito connexo a ella á semelhança do uso e fructo. A espoliação desse direito nada tem de especial; é sujeito a mesma regra que a espoliação de todo e qualquer direito. O individuo que se arroga o dominio de uma cousa, ou o usufructo sem consentimento do dono, está na mesma situação juridica de outro que se apossasse desse objecto simplesmente, sem contestar a propriedade delle, e sem despojar o dono de seus lucros: é o violador de um direito.

O erro da jurisprudencia é confundir esse direito de posse connexo á propriedade, como o simples facto material, a *detenção*. Ha entre a posse e a detenção a mesma differença que existe entre o matrimonio e a união sexual; entre a liberdade e o arbitrio. Em um caso é o facto, isolado, que não emana da personalidade, e por conseguinte não traduz a realidade nem um direito; é o facto talvez dependente de circumstancias fortuitas e sujeito ás vicissitudes da ordem physica. A posse ao contrario é o direito, derivando immediatamente da personalidade, e por conseguinte superior ás causas materiaes que possam impedir o seu exercicio.

Eu possuo, significa, eu tenho o direito de reter este objecto em minha mão, reserval-o unicamente para mim, e excluir delle, de seu uso e gozo, até de sua vista, o mundo inteiro. Mas para a realisação desse direito é necessario um facto de apprehensão, um acto corporeo pelo qual eu situe a minha vontade nesse objecto. Si esse facto não se realisar, o direito fica sem exercicio, abstracto, como fica o dominio da cousa hypothecada, o uso do objecto improductivo, o fructo da propriedade completamente esteril. Si o facto apparecer, mas sem o direito, então não ha posse, mas ha detenção: e essa detenção não é outra cousa mais do que a pratica de actos não revestidos pelo direito. Assim a pessoa que se julga senhor de uma cousa que comprou, ignorando ser roubada, detem um dominio que não lhe pertence. O homem que vive com uma mulher que abandonasse o marido, detem uma mulher alheia.

Restabelecida a verdadeira intelligencia dessa relação juridica, e discriminado o direito do facto, a applicação do principio é facil; e o jogo das relações juridicas simplifica-se admiravelmente.

Um objecto é motivo de reclamações diversas, que disputam sobre elle. A primeira cousa que a justiça tem a fazer é inquerir a respeito do seu legitimo senhor. Quem tem sobre elle o dominio, o direito primordial da propriedade, aquelle de que os outros não são mais do

que desmembrações ou fragmentos? A esse pertence o dominio da cousa; esse é primeiro e legitimo senhor.

E como o fraccionamento do direito não se deve presumir, porque não é o seu estado natural, ao senhor pertence a propriedade plena e isenta, até que se prove com titulo que um direito connexo desta propriedade, ou o uso, ou o fructo, ou a posse, ou qualquer servidão, lhe foi transferido.

Mas difficuldade de provar esse dominio? Dirão os civilistas.

Si a prova do dominio é uma difficuldade invencivel, a culpa é da propria jurisprudencia que deu á propriedade a contextura do labyrintho. O meio de remediar este mal será objecto de estudo especial. Aceitando a situação actual, responde-se bem á objecção. O dominio se provará pelo mesmo modo (conjecturas e presumpções) que se provava até aqui; sómente em vez de complicar essa questão com as questões de posse, de palliar a decisão, ireis logo ao amago della, e julgareis da legitimidade da propriedade. Si temeis que surjam depois, da poeira dos archivos onde encastellais as montanhas de papel, um titulo que desminta a vossa sentença, applicai o axioma: — *vigilantibus, et non dormientibus leges subserviunt.*

Concluamos.

A posse é um direito connexo á propriedade como

o uso e o fructo; e não póde destacar-se della sem transferencia legal. Todo aquelle que tem em sua mão um objecto sem esse direito de posse é simples detentor; embora haja da sua parte animo de possuir, justo titulo, boa fé, e notoriedade. Falta-lhe a base essencial, o direito sem o qual a posse é juridicamente impossivel.

A detenção estabelece a presumpção de facto, da mesma fórma que em qualquer outra relação juridica; até o crime, não se presume tal, mas acto legitimo emquanto não provado. A presumpção porém não resiste á prova; e não póde exhibir-se nesse circulo vicioso — *possuo porque possuo.*

CAPITULO VIII

O PRIVILEGIO

Si da monstruosa organisação da propriedade civil, que á largos traços se procura esboçar, alguma parte minima escapou ao insulto dos seus proprios fundadores, e não foi aluida pela contradicção, o privilegio consumma a obra do absurdo.

Depois de fracturar a propriedade; de arrancar uma porção della para formar uma cousa hybrida e metaphysica com o titulo pomposo de *obrigações*; de reduzir o sobejo a um grosseiro e brutal materialismo qualificado de *dominio*; a lei civil, chocando-se á cada instante com a razão pratica, foi coagida a abater ella mesma as bases em que levantára o seu systema. Mas aferrada á materia, em que cevava-se, longe de romper de uma vez com o passado, e inaugurar uma nova doutrina, illudia a necessidade, disfarçava a sua humilhação á sombra de uma palavra ouca, de uma ficção ridicula, ou de um sophisma grosseiro.

A hypotheca e o penhor foram a primeira concessão arrancada pela força invencivel da natureza á lei civil em favor dessa grande familia de direitos proprie-

tarios, despojados de seu poder, reduzidos á um simples vinculo, á obrigação. Creou-se um mytho, um superfetação para completar o aborto juridico, e constituil-o *jus in re ;* fez-se objecto de contracto o que era essencia do direito ; abriu-se emfim a porta escancara á fraude, á usura, á torpezas sem fim.

Não foi bastante. Nesse turbilhão de direitos bastardos da propriedade *(jus ad rem)* que despidos de sua força e potestade, e fluctuando ao acaso, se atiravam, almas errantes, sobre o primeiro objecto que lhes podia servir de corpo, ouvia-se frequentemente o gemido daquelles que haviam sido sacrificados á astucia de uns, ou a felicidade de outros. Aqui era o credor illudido que dera o dinheiro para a compra do objecto com o qual era pago outro credor mais sagaz. Alli era o fornecedor de medicamentos, cuja divida pia e humanitaria não era satisfeita porque outras anteriores absorviam a herança.

Então a lei civil tomou-se de um sentimentalismo ridiculo ; ella que havia materialisado a creatura humana á ponto de reduzil-a á uma simples proprietaria ; ella que expulsára a intelligencia da esphera civil e lhe negára o titulo de propriedade por não ter corpo ; ella que expulsou metade do homem do direito civil, e só admitte a familia pelas suas relações com a cousa ; ella, a lei epicurista commiserando-se dos direitos que havia sacrificado !...

Assim foi instituido o privilegio ; a lei iniqua, absurda e desnaturada.

O privilegio é a desigualdade na lei onde Deus mandou que se refugiasse a igualdade impossivel na vida real. Si dahi, desse sanctuario á expulsam, onde se abrigará ella na terra ? No seio da razão, que a deve vingar um dia, expulsando da sociedade civil a tyrannia legal como já a expulsou da sociedade politica. Como não ha cidadão privilegiado, não o póde ser a pessoa. Só a utilidade publica, o bem geral, póde justificar um direito superior a outro, uma hyerarchia juridica ; porque ahi não ha mais que condensação de parcellas de direitos individuaes que mais tarde se resolve em outras tantas parcellas de beneficios particulares. Por isso os cargos publicos são a unica séde de privilegio que a nossa Constituição reconhece ; e ahi a palavra é mal cabida : ha immunidades, garantias de lei geral ; não ha lei privada — *privilegia.*

Ao mesmo tempo que a materialidade da lei civil cedia assim diante do clamor das obrigações que exigiam garantia e protecção ; os direitos reaes, os direitos aristocraticos já anteriormente privilegiados, apesar do seu caracter absoluto, e do poder incisivo e direito sobre a cousa, achavam-se em um estado lamentavel. Excluiam, é verdade, os direitos pessoaes ; tomavam conta do objecto ; mas este era de ordinario tão pequeno e insufficiente para tantos senhores *domini,* que estes

acabavam dilacerando-se. Assim todas as aberrações da lei civil haviam sido inuteis ; o materialismo era impotente para a segurança da propriedade.

O privilegio creado no terreno da obrigação foi transportado para o campo do dominio.

Os direitos reaes foram submettidos á uma classificação ; e alguns delles, já de si nobres, foram promovidos a maior nobreza, e adquiriram o poder de aniquilar os outros. Depois, como a confusão é contagiosa, a linha divisoria estabelecida primitivamente entre o *jus in re*, dominio, *jus ad rem*, obrigação foi apagada; estabaleceram-se privilegios pessoaes, que primam sobre os privilegios reaes.

Em uma palavra completou-se o labyrintho dos credores, *hoc creditorum labyrinthum*, de que falla o commentador Voet ad, Pandect. L. 20, Tit. 4, n. 17.

O privilegio, fôra escusado definil-o, é o direito que tem um credor de primar sobre outro. Não se deve pois confundir com o direito real de hypotheca, embora esse direito já encerre em si um privilegio que a jurisprudencia chama simples. O direito real tem o poder de seguil-a, acompanha a cousa, e vai buscal-a onde quer que esteja para restituil-a ao seu legitimo dominio. O privilegio não tem essa força de seguil-a ; si os bens sobre que elle recahe forem transferidos, escapam á sua acção.

Esta distincção é necessaria para bem comprehender o mecanismo dessa parte da lei civil, através da teia espessa que a envolve: e tambem para melhor se lhe desnudar a deformidade.

Ha duas especies de privilegio: 1.° o privilegio geral que se estende á toda a massa de bens do devedor, e que por isso tem a primazia; 2.° o privilegio especial, restricto á certos e determinados bens, o qual se divide em movel, quando os bens sujeitos são moveis, e immovel, quando os bens sujeitos são de raiz. No direito romano elles se dividiam em privilegios pessoaes e reaes: *privilegia quædam causæ sunt, quædam personnæ*. Os pessoaes eram assim chamados porque adheriam á pessoa, independente de bens; os segundos porque adheriam ás cousas e tinham por base uma hypotheca legal.

Os contrasensos resultantes de toda este amalgama são tantos, que é difficil de todos occupar-nos.

A simples instituição do privilegio é a maior de todas as anomalias. O axioma de direito, consagrado pelo proprio direito romano, *qui prior est tempore, potius est jure*, é sem duvida alguma o criterio unico da legitimidade do direito na concurrencia de actos juridicos capazes de transferir a propriedade. Ha verdades que não carecem de demonstração e se escurecem submettidas á prova. Si a exclusão é o carac-

teristico do direito, parece que desde o instante da creação do direito ficam implicitamente excluidos do seu objecto ou da sua esphera todos os direitos futuros.

Nem contra isso póde oppôr a jurisprudencia a sua carrança craveira dos direitos reaes e pessoaes; porque foi na mesma ordem de direitos, na mesma familia, que o privilegio introduziu a desigualdade, e aniquilou o principio fundamental de toda a existencia assim juridica como natural,—a prioridade, substituindo-a por uma falsa e hypocrita equidade, deduzida da natureza da divida. *Privilegia non ex tempere æstimantur, sed ex causæ.* L. 32, D. 32 de Reb. auct. jud.

Quando esta regra foi exarada na lei, o legislador olvidava que elle havia derivado a propriedade do direito do primeiro occupante; e devia portanto dar ao segundo ou terceiro occupante o privilegio de premiar pela sua maior necessidade. O mendigo esperaria o caçador na orla da mata, ou o pescador na praia, para exigir delle o producto do seu trabalho, em virtude do direito da miseria!

Ainda mais. A proeminencia do privilegio pessoal, do privilegio da obrigação, sobre o privilegio real da hypotheca, é nas idéas da jurisprudencia uma enormidade, uma blasphemia juridica. Que prestimo tem esse direito de sequela, de que se fez um monopolio, usurpando-o a outros direitos; que serventia terá a

acção reivindicatoria, quando uma simples obrigação, ainda mais uma prestação de serviço, as vezes sem prova litteral, é bastante para repellir aquelle pomposo direito, e reduzil-o a uma burla ?

A lei me concede uma hypotheca legal sobre vossa casa, e eu seguro por esse direito real, que me conferiu, durmo tranquillo, até que um bello dia a casa é transferida. Vou mui ancho aos tribunaes com a minha acção de reivindicação, gasto tempo, consumo dinheiro e paciencia, e afinal consigo restituir as cousas ao seu estado anterior; quando estou proximo a colher o resultado de meus justos esforços, surge da treva um enxame de credores com privilegio pessoal. O advogado que pleiteou contra mim, e toda a gente da justiça ; o medico e o boticario pelas despezas da ultima molestia ; a numerosa criadagem de meu prodigo e luxuoso devedor, todos estes direitos suspensos se abatem immediatamente sobre a casa reivindicada á minha custa. O meu direito real não tem outro fim senão servir de tapete a esse lasquenet, que se chama concurso de credores. Eu fui victima de uma cilada da lei !...

Tudo isso de pouca valia fôra, si não aniquilasse o conceito — que a jurisprudencia formou do direito real—*jus in re*. Já não é esse direito absoluto, operando *adversus omnes*, recahindo sobre a causa directamente — *recta via*. A cousa lhe é arrebatada pela

obrigação, e em vez do respeito universal é o escarneo o mais completo, que elle obtem. Titulos que hontem eram de simples obrigação, hoje se transformaram em titulos de propriedade melhor, mais valiosa e possante, do que o dominio!

Si fechamos os olhos a esse absurdo da instituição para a considerar em relação ao fim proposto, a sua iniquidade é manifesta á par da sua inefficacia. O privilegio depois de haver postergado todos os principios da justiça para favorecer a certos interesses, com sacrificios de outros, não consegue apesar de tudo realisar essa iniqua protecção.

Extrahimos o seguinte trecho de uma obra já citada, e que nos merece toda a consideração, por ser a voz do bom senso soando mesmo no seio da praxe forense:

« Não conhecemos nada mais injusto e mais subversivo, mesmo nos casos mais favoraveis. Si ha, por exemplo, privilegios que tem direito a nosso respeito e nossa mais viva sympathia são sem duvida os privilegios das despezas funerarias e da ultima molestia. Não ha que se recommendem por mais altas e mais poderosas considerações. A religião, a moral, a humanidade parecem tel-os inscriptos em nossos codigos. Não podemos senão louvar o piedoso e philantropico pensamento que os inspirou. Mas como muitas concepções seductoras, elles não resistem á prova de

uma seria discussão, e se resolvem frequentemente em uma injustiça. »

« Empresto uma quantia sobre hypotheca ; meu devedor morre de uma grave e longa molestia. As despezas da ultima molestia e os gastos funerarios serão pagos de preferencia ao meu credito ; e no caso de insufficiencia elle somente soffrerá a reducção, serei eu pois que em definitiva pagarei aquellas dividas. Porque sou eu a isso obrigado mais do que outro qualquer? Quando meu devedor hypothecou seu bem para garantir o meu credito, desmembrou seu direito de propriedade e transferiu-me uma fracção delle ; seu bem não lhe pertencia mais senão depois de se desempenhar elle das obrigações comigo contrahidas. Conceder a um terceiro um privilegio, que prima sobre o meu credito, embora vindo posteriormente, equivale a affectar os meus bens pessoaes á solução de obrigações que me são completamente extranhas. » (*Tremouillet pag. 152.*)

São considerações singelas mas de um grande valor pratico ; pena é que se encontrem nellas ainda uma concessão ao systema vicioso das preferencias. Não é frequentemente, é sempre que o privilegio importa injustiça ; e quanto ás considerações de religião e humanidade que possam ter inspirado semelhante instituição com pouco se verá a que ellas se reduzem um ultimo caso. Seja porém dito desde já, que o privi-

legio dos gastos funerarios e medicos não é concedido em beneficio do fallecido e do enfermo, mas sim em beneficio do credor. —Se o devedor nada possuisse, e estivesse na miseria, a lei por certo não lhe daria medico e botica com o engodo do seu privilegio; havia de recorrer ás instituições de beneficencia publica, e não faria esmolas com a mão dos outros.

Aceite-se porém essa situação anomala creada pela jurisprudencia, essa subversão de todo o direito, e ahi mesmo se reconhecerá que o pensamento que a inspirou não foi realisado, nem em relação aos interesses especiaes que se privilegiaram, nem em relação ás considerações geraes da moral e da religião, onde a lei pretende hypocritamente se haver inspirado.

Tomemos ainda esse privilegio, que á primeira vista tanto se recommenda, dos gastos funerarios e despezas da ultima molestia. O decoro da posição, uma circumstancia qualquer, talvez a desconfiança dos fornecedores obriga a familia do fallecido a recorrer a um particular para obter o dinheiro necessario aos ultimos soccorros e ás ultimas honras. Esse credor é um simples mutuario, não privilegiado, pela razão muito simples de não ser medico, boticario, etc., ou de não se ter constituido cessionario subrogado nos direitos daquelles. Entretanto a mesma razão de humanidade prevalece neste como no outro caso.

Por outro lado nota-se que o privilegio do medico e boticario é só relativo á ultima molestia. Não sabendo pois com antecedencia o medico e o boticario, si o enfermo succumbe ou não, não podem elles confiar absolutamente do privilegio para o seu pagamento. Trata-se de um individuo, cujos bens estejam gravados de hypothecas, e que enferma não gravemente. Procura os soccorros medicos, e esses lhes são recusados....

Porque motivo, grande Deus?... Porque o homem ainda não está moribundo, e portanto não ha para essa divida a garantia da morte!... Eis como a lei civil assanha a cobiça no coração humano, e transforma o credor em uma especie de corvo ao faro da carniça! E' essa a inspiração humanitaria da jurisprudencia? E' assim que ella pratica a religião? Emquanto vivo o devedor, não ha caridade; depois de fallecido, a lei quasi assenta sobre o cadaver um direito real!

Em geral o privilegio desacompanhado do direito real póde ser á cada momento burlado por uma alienação de todos os bens; e a lei para remediar isto deu-lhes um processo executivo, cuja extrema brevidade acautelasse aquelle inconveniente. Mas esse expediente além de ser uma confissão da insufficiencia do privilegio; além de subverter as regras do processo creando tambem uma aristocracia judiciaria,

ainda assim é insufficiente. Os bens moveis podem ser vendidos em alguns minutos ; meia duzia de linhas no papel, uma impostura symbolica para substituir a tradição, e ahi está o dominio transferido. Quando chega o mandado executivo, já não acha presa !

Ora que humanidade é essa da lei, que julgando dignos de protecção certos interesses, a ponto de lhes dar o direito de primar sobre todas as dividas, ainda mesmo sobre o direito real da hypotheca, consente entretanto que a fraude solape essa protecção, escarnecendo da lei e de sua tyrannia ? Si a divida humanitaria merece tamanho favor, porque não lhe attribuir o caracter absoluto do dominio — *jus in re ?*

Porque isso simplificaria, pouco embora, o complicado mecanismo das preferencias ; e a lei civil tem horror á simplicidade.

Considerado o privilegio em relação á humanidade e á religião, a realidade contraria a cada instante a lei civil. A viuva, o operario, confiou o fructo de suas economias ao capitalista, que perde de repente grande parte de seus haveres em especulações arriscadas ; sobre os restos dessa colossal riqueza se abate uma nuvem de credores. Os privilegiados, talvez abastados, sobranceiros á necessidade, absorvem o producto da liquidação, e não resta uma só migalha para a pobre viuva, mãi de filhos orphãos que fica na mi-

seria, para o velho trabalhador cujas forças decadentes já não lhe permittem amassar com o suor do rosto novas economias. Para as dores curtidas e as lagrimas choradas no tugurio da pobreza, a lei não tem olhos, nem coração.

« A lei não póde prevenir hypotheses ! » pronunciará dogmaticamente a voz do civilismo.— Oh ! Si a lei não póde (nem deve) prevenir hypotheses, como adoptou ella e educa o privilegio, que não é mais do que a hypothese mascarada em lei ? Ha maior ousadia e maior casuismo do que designar *à priori* as classes de dividas que mais merecem perante a moral e a religião, sem attenção ás circumstancias que as revestem ? Tem a lei o dom da presciencia para ver no futuro, em relação a cada devedor, o serviço mais relevante que se lhe possa prestar em qualquer vicissitude da vida ?

Entretanto é isso o que a lei ousou com um arrojo inconcebivel. Este individuo é boticario, e só porque exerce essa feliz profissão, ha de ser pago de preferencia a todos os outros, embora seja um refinado velhaco, e usurario, embora as suas drogras se comprem com o mesmo dinheiro com que no armazem se compram os comestiveis ; embora os seus medicamentos se manipulem com o mesmo trabalho que se amassa e leveda o pão ! Mas é boticario !... Feliz homem, pertence á aristocracia dos credores,

Voltai os olhos, aqui tendes outro espectaculo, mais curioso. A borrasca sublevou as ondas, ameaçando a vida de uma familia, que sustem ainda sobre as aguas o rôto navio. Na praia um membro dessa familia, animando os sentimentos de humanidade com a esperança de um beneficio, promette a algum pescador a justa recompensa de seus esforços para a salvação dos miseros naufragos. O homem do mar lá se arroja ao turbilhão das vagas encapelladas, elle fôra guiado somente pela sua caridade, mas sente que a esperança do conforto para sua rude esposa e sua tenra prole, illumina de um sorriso aquelle sentimento. A Providencia felicita o seu denodo, o pescador corre eminente risco, perde o seu barco, tragado pela voragem ; mas a familia é salva.

Si ha contracto sagrado entre os homens, é sem duvida esse celebrado ahi na costa bravia, ao rugido da tormenta, entre os gritos pungentes dos miseros que pedem soccorro ! Para cumprir esse contracto uma vida de pai e esposo, uma vida laboriosa e honesta, é jogada aos impetos da tormenta. O cumprimento da obrigação é um triumpho e um esforço de heroismo. As bençãos de uma familia inteira, as graças rendidas á divindade, são as manifestações solemnes inscripção que recebe essa convenção.

Pois bem. O naufragio devorou a riqueza da familia, e os poucos bens que restam não chegam para

o pagamento de todas as dividas. Debaldo pretende o chefe satisfazer a divida sagrada, contrahida com o salvador de sua familia ; os credores hypothecarios e privilegiados se apossam dos sobejos da desgraça e os repartem entre si. O pescador, simples credor chyrographario, nada recebe ; o serviço immenso fica sem recompensa, e o que mais é, nem sequer a indemnisação de seu barco, de seu unico barco, sacrificado á caridade !

Entrai em vossa consciencia, legisladores, que na phrase do propheta choveis ciladas sobre os povos, e dizei-o francamente : — Ha patrocinio forense, soccorro medico, ha suffragio d'alma que deva ser mais honrado do que a simples acção desse pescador, quér em relação á necessidade do devedor, quér em relação ao risco e esforço do credor. Si alli trata-se de defeza ou salvação do individuo, aqui se trata de salvação de uma familia inteira ; si alli ha o trabalho intellectual, aqui ha o risco da vida.

O terreno onde a lei civil se collocou é tão escabroso que, dilacerando-se aqui e alli, lança-se sem tino ás mais ignobeis extravagancias. Si este pescador, que viste despojado da sua recompensa e indemnisação, em vez de arriscar-se para salvar a familia, as creaturas de Deus, se occupasse tranquillamente em salvar os objectos do naufragio, teria sobre elles uma hypotheca legal com privilegio por haver con-

corrido para sua conservação! Lei de 20 de Junho 1774, §§ 37 e 41. E essa lei pretende haver-se inspirado na religião e humanidade para a creação do privilegio! E essa lei barbara, que antepõe a conservação da causa á salvação da vida, se diz civilisada?

E' tempo porém de arrancar-lhe a mascara, e desvendar-lhe a hypocrita figura. A lei civil, que fez do homem um mero proprietario, que mutilou a personalidade para jogar de si a melhor porção, e forçada a admittir a familia, só a consentiu como uma associação para a exploração dos bens; essa lei não podia ter coração para sentir os estimulos da moral e da religião. Aleijada dessa cartilagem, obedeceu cegamente ao que della exigiam as necessidades do tempo, e os varios interesses que dominaram successivamente na sociedade.

Não ha privilegio que não tenha essa origem. O dos gastos funerarios foi instituido para livrar a administração de um encargo que ella devia supportar, no caso de miseria; entendeu-se que era mais commodo pôl-o á conta dos pobres credores, e invocaram-se então os grandes nomes. O dos advogados, medicos, boticarios, revela a influencia de cada uma dessas classes, na legislação civil; á sombra delles passou a gente assaliariada para dar a essa iniquidade um falso tom de justiça. Essa protecção aos fracos, empresta certo

rebique de nobreza de que a lei civil costuma fazer alardo.

Os proprietarios de predios, gente sempre poderosa, obtiveram tambem um privilegio pelo aluguel; a sociedade viu neste favor, que lhe era arrancado por uma classe, o beneficio do incremento das construcções e augmento da cidade; como si fosse preciso protecção para cada um zelar os seus interesses. Da mesma fórma, como era preciso que houvesse navegação e transporte de mercadorias, bem como estalagens para facilitar o transito, reune-se um privilegio tambem aos fretes, conducções e hospedagens. O privilegio do censo e foro é um resquicio do feudalismo, como o privilegio da mulher e do orphão tem suas raizes no patriciado; foi uma aristocracia civil que se ampliou.

Emfim todas as vezes que um interesse se punha em contacto mais immediato com a lei civil, e que esse contacto tornava saliente um vicio da organisação da propriedade, uma injustiça que cumpria reparar, instituia-se um novo privilegio, isto é, quebrava-se mais uma das pedras angulares, que haviam servido á construcção lenta de toda a propriedade. Si tal regimen continuasse chegaria tempo em que a excepção seria o simples credor chyrographario.

A jurisprudencia soffreu a mesma pressão que a economia politica, sua irmã mais nova. Tambem os

varios interesses industriaes actuaram de tal modo no espirito do financeiro, e o cegaram, a ponto de arrancar-lhe os nocivos direitos protectores, a negação da verdadeira e racional liberdade de commercio. Tambem a lei financeira se illudiu, pensando que promovia a prosperidade do paiz, protegendo meia duzia de sapateiros, por exemplo; e obrigando por causa da elevação do preço desse producto meia população a andar descalça.

Esses erros porém já se vão dissipando. Uma propaganda gloriosa, começada nos fins do seculo passado, já conta triumphos brilhantes, escriptos especialmente na historia commercial da Inglaterra. Só a lei civil parece ter parado no umbral da civilisação moderna, e conservar-se nublada ainda pelas sombras de um passado tão remoto. Só essa lei, em plena luz do seculo dezanove, abre ainda o seio corrompido, para que nelle se occulte o despotismo decrepito e macrobio, desterrado da religião, esmagado na politica, afugentado pelo industrialismo, fulminado emfim pela sciencia!

A lei do amor, o sanctuario da familia, o asylo das instituições domesticas, á cuja sombra se abrigam os deuses lares — *pater et mater*; a lei da individualidade onde o homem se sente mais perto de si, mas dentro de sua independencia, e onde se retempera para arrojar-se ao desempenho de sua missão humanitaria;

essa lei não deve por mais tempo soffrer semelhante profanação. E' necessario que a philosophia gloriosa e potente — *prepotens et gloriosa philosophia* (Cicero De orat. 1 — 43) ahi penetre para arrancar-lhe das entranhas os vermes que a vão corroendo.

Impere a igualdade: aniquile-se essa funesta divisão da propriedade, que fundou a aristocracia juridica, sob a denominação de direito real, e não haverá necessidade de recorrer a palliativos desta ordem para salvaguarda de justos interesses. Então respeitado o direito onde quer que elle se revele, qualquer que seja o seu vulto e importancia, não mais assistiremos a esse triste espectaculo de direitos parasytas nutrindo-se da seiva de outros direitos; não mais se verá direitos posthumos surgindo das ruinas de outros direitos.

O direito, filho da razão, é como o corpo, filho da materia. Si nenhuma força da natureza neste mundo tem o poder de aniquilar uma só das moleculas subtis de que se compõe os corpos, tambem nenhuma força social tem o poder de aniquilar um atomo sequer de direito. Deus sómente, o supremo creador, tem a omnipotencia do nada. Todo o direito pois, reduzido mesmo a moleculas, é mais do que inviolavel, é imperecivel; elle não póde ser destruido; resuscita de suas cinzas.

Venerai, legisladores dos povos, essa perpetuidade do direito, e deixai embora que, diante de sua serena

impassivel magestade, se despedacem ás vezes algumas fibras do coração. Tambem as leis inimitaveis da natureza physica subvertem ás vezes os elementos, que entram logo na sua marcha regular; e contra a sua acção infallivel a razão eterna não creou privilegios.

CAPITULO IX

OBRIGAÇÕES

Entramos agora na segunda parte da propriedade, naquella que foi pela lei civil despojada da sua força e collocada em um plano inferior.

Essa propriedade imperfeita ou subalterna é formada pela grande familia das obrigações que se resolvem em valor e tem um preço venal : prestações de cousas e serviços, como se diz modernamente. Muitas das considerações que o assumpto suggere já foram esgotadas, quando se estudava o direito real ; serviram então para confronto do dominio, e contraste das numerosas contradicções e absurdos da jurisprudencia. Outras porém ainda restam de maxima importancia, que vamos explanar.

O direito civil, desde as leis romanas, deriva a obrigação de quatro fontes, duas principaes, o contracto e o delicto, duas secundarias, que os commentadores designaram por quasi contracto, e quasi delicto ; mas que no texto de Justiniano vem mencionadas separadamente como de contracto e *quasi ex contractu* e como de delicto e *quasi ex delicto ;* e no texto

de Gaio englobadamente sob uma só epigraphe *ex variis causarum figuris*. L 1. pr. de Oblig. e act. Savigny Obrig. Cap. 2.°, § 51.

Essa procedencia, dada pelos juristas a obrigação, é filha da falsa idéa por elles formada desse vinculo juridico.

Já se observou, como amputando um dos membros da relação juridica, a jurisprudencia sacrificou em um caso a obrigação para fundar a tyrannia do dominio, e no outro o direito para justificar a sujeição da obrigação Duas idéas gemeas no seio da razão, duas idéas essencialmente correlatas, foram brutalmente separadas pelo direito civil ; uma serie de desacerto devia ser a consequencia necessaria do primeiro erro.

Tornando estranhos um ao outro, e quasi adversos o direito e a obrigação, a jurisprudencia não podia assignar-lhes uma origem commum, e identica ; abandonou a pura fonte da razão e foi beber na fonte impura do materialismo. A origem civil da obrigação é digna da origem civil do dominio ; ambos são meros factos, ou simples fórmas, nem uma se elevou á verdadeira e nobre origem das relações juridicas, e nenhuma portanto podia abranger toda a grande geração de actos que se dizem oriundos dellas.

A primeira observação a fazer, no sentido desta demonstração, é a contradicção que existe entre os

commentadores e o texto do direito romano ; contradicção em que acima se tocou passageiramente. A respeito das duas origens secundarias das obrigações os commentadores sentindo quanto era vago e inderminado o texto, entenderam conveniente attribuir-lhes um sentido mais preciso e disseram : *quasi contracto* e *quasi delicto*. Si por um lado assim restabelecia-se a certeza e dignidade da lei, tirando-a da duvida em que fluctuava ; por outro deixavam-se anomalas muitas outras obrigações nascidas de actos que não se podem racionalmente classificar de um quasi contracto ou quasi delicto.

Os modernos romanistas, condemnando como um erro grosseiro e uma locução vulgar a versão dos commentadores, restauraram a letra textual das Institutas. Dizem elles que Justiniano, não empregou as palavras controversas no mesmo sentido dos commentadores, o que transparece da varia construcção da phrase. O digesto (L. 5 Oblig. e acç., §§ 1.°, 4.° e 5.°) diz que certas obrigações nascem *quasi ex contractu*, como de um contracto, ou *quasi ex delicto*, como de um delicto, isto é, que existem como se houvesse um contracto ou um delicto ; de modo que o facto productor da obrigação, não tem absolutamente a natureza do contracto e do delicto, mas assemelha-se pelo effeito unicamente. *Lagrange. Manuel de Droit Romain* — Liv. 2.°, tit. 13 not.

Eis a mesma idéa, melhor desenvolvida :

« Ha obrigações que não se formam nem por um contracto, nem por um delicto, e que entretanto imitam em seus effeitos as obrigações derivadas, ou de uma ou de outra fonte principal. E' esta analogia que tem feito reportar ou assimillar essas obrigações, ora ás que nascem de um contracto, ora ás que nascem de um delicto... Quando pois se diz que uma obrigação nasce como de um contracto, não é, como pretendem os commentadores, em razão de sua origem e porque se attribue á parte obrigada um consentimento presumido, mas porque essa obrigação tem os mesmos resultados da que nasce de um contracto. » Id. tit. 27 not.

E' pois sobre esta base que deve ser posta agora a questão de origem das obrigações.

De primeira vista sente-se, nessa classificação do direito romano, a ausencia da synthese, sem a qual a idéa de um systema é impossivel Extrahindo o direito civil da natureza viva, á medida que a necessidade se fazia sentir ; estudando de dia á dia os factos novos que engendravam uma innata relação juridica, os juriconsultos romanos fizeram como observadores, um serviço immenso á legislação ; faltou-lhes porém o tempo de elevar-se da analyse rasteira á synthese vasta de todo o direito, e applicar o seu genio profundo á classificação das materias accumuladas,

A exuberancia de vida de uma sociedade que se constituia sob poderosos elementos, absorvia toda a sua attenção, e não lhes permittia volver ao passado. O direito romano é um grande repositorio de observações juridicas; eu o comparo a uma vasta collecção de productos naturaes colhidos por naturalistas, mas não systematisados.

O que revela a theoria da origem das obrigações senão um acanhamento de vista, um aferro á observação rasteira?

A experiencia mostrou duas origens principaes de obrigações, que pelos seus caracteres distinctos foram logo classificadas; como porém apparecessem outras obrigações que não derivavam daquellas fontes e era preciso assignar-lhe uma origem, em vez de remontar a mais alta synthese da idéa, para do cimo abranger todo o assumpto, ao contrario conservaram-se ao nivel dos factos; reuniram essas obrigações de raiz incognita em uma só massa confusa, e as attribuiram a uma origem incerta! Gaio ainda foi mais franco, expondo a sua duvida com franqueza—*ex variis causarum figuris*, obrigações que nascem de varias especies de causas. Justiniano, porém, com a sua habitual subtileza de linguagem, procurou disfarçar a materia, assimillando ao menos na denominação essas varias causas de obrigações ás duas principaes; mas tal assimillação é uma argucia inadmissivel.

Si alguem observasse que o fogo tinha o effeito de dilatar os corpos, e posteriormente descobrisse esse mesmo effeito nos corpos expostos ao sol, envolvidos em lã, e dahi concluisse que o sol e a lã eram quasi fogo, porque produziam igual effeito, semelhante acerto fôra recebido com um sorriso de mofa, e deporia contra a logica e a sciencia do observador, que confundia assim individuos diversos, e na impossibilidade de elevar-se até o calor, emprestava esse caracter á individualidade — fogo. Pois o mesmo fez Justiniano ; como a obrigação é produzida pelo contracto ou delicto, toda e qualquer relação que produzir obrigação será assimillada ao contracto e ao delicto.

Era mais simples, claro e verdadeiro, subir até o ponto onde convergiam esses effeitos semelhantes, e buscar ahi a causa primeira de todos elles. O jurisconsulto dissera então como o physico :—A relação individual produz o direito e a obrigação ; como a transição do calor ao frio produz a dilatação ou contracção dos corpos.

A relação individual, eis a verdadeira origem do direito, como da obrigação, eis o ponto culminante, onde o legislador se devêra collocar para abranger todo o seu vasto assumpto. Dahi a analyse encontraria logo uma primeira e ampla divisão. A dualidade humana existe pelo concurso simultaneo das duas leis,

physica e racional, ha de soffrer necessariamente a influencia da natureza inerte como da natureza livre. Essa influencia repercute no direito e obrigação, e gera as duas ordens de movimentos que são a parte viva e animada da jurisprudencia. *Facto* movimento da natureza inerte, *acto* movimento da natureza livre.

Desde o nascimento, fonte de todos os direitos e obrigações do individuo, até a morte que tudo extingue ou transforma, a natureza espontanea, a lei physica, actua constantemente sobre a personalidade humana, senão sobre a sua essencia, ao menos sobre a sua expansão. As relações originaes são a cada passo modificadas, gerando outras relações parciaes que se reproduzem por sua vez. A propria lei civil abriu espaço a essa classe de relações nas regras sobre casos de força maior, sobre a extincção ou transformação de cousa, sobre a successão natural e contractos aleatorios; entretanto não viu no *facto* uma fonte especial de obrigações muito distincta de qualquer outra.

Si o effeito da natureza inerte sujeita ás leis fataes é sempre o mesmo, não succede assim ao effeito da natureza livre. Este póde conformar-se, ou não, com a lei; e dahi a distincção de acto legal e acto illegal. O primeiro abrange todo o exercicio dos direitos, ou si effectue esse exercicio por virtude de uma só vontade, ou pelo concurso e accordo de muitas. O acto legal tem pois uma subdivisão natural, em acto sin-

gular e acto consensual. A violação, de seu lado, distingue-se conforme os tres diversos gráos — em falta, culpa e delicto.

Assim ficam perfeitamente assignaladas todas as causas possiveis de diversas modificações que soffrem as obrigações, cuja unica origem é a relação individual, Não ha confusão, nem incerteza ; ou si colloque o legislador no plano superior olhando a obrigação do alto de sua origem, ou se colloque no plano inferior observando as personalidades através da myriada de obrigações que as entrelaçam, a organisação viva da sociedade, o espectaculo da vida real se desdobrará a seus olhos em uma ordem e harmonia admiraveis.

Passa-se ao objecto da obrigação.

Tendo assentado a propriedade, com o titulo de dominio, unicamente sobre a pequena classe dos direitos reaes, a jurisprudencia achou-se embaraçada para assignar um lugar no patrimonio particular a essa especie de valores representados pelas obrigações. Soccorreu-se então de uma antiga distincção do direito quiritario, e declarou que esses objectos, embora não comprehendidos no dominio, *jus in re*, faziam parte do haver, estavam *in bonis*.

Essa é a classificação dos commentadores. Ahi se distinguem duas especies de propriedades, a proprie-

dade geral, o patrimonio — *bona* ; e a propriedade especial, o dominio — *dominium*.

A distincção deriva-se da materia ; entende a jurisprudencia que os objectos simplesmente *in bonis* não estão debaixo do poder corporeo do individuo, e não são portanto susceptiveis de reivindicação como as cousas que estão sujeitas ao dominio. A longa serie de absurdos que fórma o cortejo dessa doutrina já foi percorrida pela face do direito real ; convem repassal-a agora pela face da obrigação. O aspecto é diverso, porém igualmente interessante.

O methodo começa repellindo essa viciosa organisação da propriedade, que não assenta em principio algum de ordem. Ha um axioma comezinho de geometria — a parte nunca é maior que o todo. Si os juristas se hovessem inspirado delle, não commettiam tão crasso erro.

O dominio, que aliás é uma parte da propriedode, tem mais extensão e um caracter que não se encontra na especie ; elle é a propriedade plena e absoluta, emquanto que o patrimonio todo é a propriedade relativa, sujeita a contigencias. Embora não seja isto mais que uma simples questão de nomenclatura e classificação, ella serve para revelar a confusão de idéas em que laborava a jurisprudencia, quando assentava as bases da propriedade civil.

A realidade escarnece das theorias, e o legislador póde crear no papel um mundo de fantasia e capricho; porém na superficie da terra, na vida real, continúa a inspirar a necessidade, esse grande éco da verdade, que brada pela razão a todo o instante repercute do seio de todas as cousas. Assim aconteceu com a lei civil que despojou as abrigações do direito pleno de propriedade ; os factos de todos os dias desmentiam a palavra da lei. A pessoa a quem era devido um objecto qualquer, gozava delle e dispunha da mesma fórma que se fôra delle realmente senhor — *dominus*.

Formule-se á proposição em exemplo para evidencia. O dono de uma somma de dinheiro, seja dez contos, emprestava-a, perdendo o dominio que tinha sobre ella ; porém não só a sua propriedade por esse meio se tornava productiva, de esteril que era quando aferrolhada sob o seu poder corporeo, como continuava do mesmo modo á sua disposição. O credor vendia e estipulava como lhe conviesse sobre aquella sua propriedade, respeitadas as condições de obrigação, como o faria a respeito de uma cousa corporea sujeita ao seu dominio. Recebia de um terceiro o preço do objecto obrigado ou devido, e transferia-lhe o seu direito correlato á obrigação.

A cada momento relações desta ordem, transferencias assim effectuadas, apesar dos obstaculos da lei, estavam attestando que o objecto da obrigação

constituia uma propriedade tão util e real como o objecto do dominio. Si o devedor podia oppôr um obstaculo material á livre disposição da cousa recusando entregal-a ; si a propriedade soffria uma restricção pelo facto de se achar sob a dependencia de vontade extranha, tambem o dominio estava sujeito a essas contigencias.

O dono de uma cousa, roubada ou desapparecida, conserva sobre ella um direito nominal, um direito nullificado pelo facto do detentor, que a occulta e a póde destruir, tornando impossivel a reivindicação. O credor hypothecario está na dependencia da vontade do devedor, que destruindo o predio a pretexto de reedifical-o, aniquila o direito real, ou o modifica. O dominio é restringido pelas servidões ; e está á mercê do usufructo que póde consumir o objecto, assim como o usufructuario é responsavel ao senhor pela conservação da causa.

Coagido pelo imperio irresistivel da verdade, a jurisprudencia admittiu afinal as cousas, objectos da obrigação, ao gremio da verdadeira propriedade, do dominio. Mas para disfarçar a sua derrota e sophismar a verdade, recorreu ao arsenal das subtilezas, de onde escavou uma das mais ridiculas. A lei continuou a negar ao direito da obrigação o titulo de dominio ; mas superpôr a esse direito da obrigação

um outro direito á obrigação, ao qual conferiu então o titulo de propriedade plena, de dominio.

Essa invenção é tão metaphysica que exige a demonstração pratica do exemplo. Eu sou credor de um conto de réis, tenho um simples direito de obrigação a essa quantia. Mas sobre esse simples direito de obrigação, a lei me confere um direito de propriedade; sou senhor de um credito de um conto de réis. E' desse credito, e não do conto de réis, que eu posso usar, gozar e dispôr livremente, porque elle constitue uma propriedade minha.

Admiravel fecundidade do absurdo! Recusa-se ao credor o direito de propriedade sobre a cousa que elle emprestou; pelo facto do contracto o despem desse poder; elle deixa de ser senhor do dinheiro, mas o constituem proprietario de uma obrigação; isto é, o constituem proprietario da restituição de sua propriedade que outra cousa não é tal obrigação. Valeria o mesmo dizer que o possuidor de uma somma em papel moeda, não possue o dinheiro representado, mas as tiras de papel que representam um valor!

Não é porém tão chocante essa aberração, como a degradação da personalidade humana, que produz uma semelhante doutrina. Escrupulisou-se assentar o dominio sobre uma cousa, embora corporea, porque é fungivel, ou porque ainda não entrou na posse do

credor ; entretanto crava-se esse despotico direito real sobre a propria personalidade humana ! Quando eu vendo o meu credito de um conto de réis, não vêndo a somma que me é devida ; vendo, sim, a vossa obrigação de me restituirdes essa somma em um prazo certo ; vendo portanto uma porção da vossa liberdade e do vosso direito !

Recorro a uma autoridade insuspeita. O trecho copiado aqui é de Savigny : elle revela quanto o fanatismo juridico das instituições romanas domina os espiritos mais illustrados, ainda mesmo quando desabrocham aos raios da civilisação moderna.

« A obrigação consiste na dominação sobre uma pessoa estranha ; não comtudo sobre a pessoa inteira, porque isso daria em resultado a absorção da propria personalidade ; mas sobre actos isolados que se devem considerar como uma restricção á liberdade e uma sujeição á nossa vontade. » Syst. t. 1.°, § 53.

Assim a obrigação, segundo o illustrado escriptor allemão, não é a escravidão verdadeira e completa, porque não domina e absorve toda a personalidade ; mas é uma escravidão parcial, sobre certos actos ou certa porção de liberdade. Elle confirma esse pensamento com outras palavras bem expressivas. « A natureza que assignamos aqui, ás obrigações nos parecerá mais clara pela comparação como as servidões. E' a

obrigação que restringe a liberdade natural da pessoa; é a servidão que restringe a liberdade natural da propriedade. » Obl. cap. 1.°, § 2.°

A personalidade e a propriedade são postas em face como as duas fontes da liberdade; e a servidão é o principio commum que as restringe! Dir-se-hia a resurreição do antigo *nexus*, menos a captura—*manus injectio!* Têm razão os laboriosos escavadores das antiguidades judiciarias que vão buscar alli, naquella instituição do direito quiritario, a primeira origem da obrigação. A etymologia de *nexus* o está confirmando. Em um seu *nec suus* dizia aquelle que contrahia a obrigação, e abdicava assim a sua liberdade até desempenhal-a pelo cumprimento da convenção. Quando o dominio, sob o titulo de escravidão, deixou de absorver toda a personalidade e limitou-se a fracções della, o nexo, servidão corporea, transformou-se em vinculo, servidão de direito — *vinculum juris;* o servo passou a ser devedor.

E' necessaria uma advertencia.

Quando a propriedade foi transportada de sua séde natural, a cousa, para a personalidade humana, a obrigação, um resto de pudor se revoltou no seio mesmo da jurisprudencia. O dominio, esse direito essencialmente corporeo, esse rei da materia, podia existir em uma simples obrigação, em uma cousa im-

palpavel e ideal? Não era escarnecer do bom senso attribuir propriedades physicas a uma porção de liberdade, para poder nella effectuar-se essa sujeição real que é da essencia do dominio? Que incoherencia não haveria então em contestar o verdadeiro titulo da propriedade ás cousas devidas porque eram incertas, e dal-o aquillo que nem sequer o nome tem de cousa?

Esses escrupulos penetraram o espirito da jurisprudencia e arrancaram della uma fôfa e vã protestação contra o espiritualismo que pretendia inocular-se na lei, e viciar com o seu contagio a já obesa constituição da propriedade. Repetiu-se que o dominio só versava sobre uma cousa corporea — *dominium jus in re corporale*; e que portanto as obrigações não podiam ser materia desse direito real; e como cumpria designar-lhes um lugar no patrimonio individual, reproduziu-se a mesma caduca distincção e se disse que as obrigações eram bens, *erant in bonis*.

Vai-se demonstrar a falsidade de uma semelhante doutrina; ver-se-ha como ainda desta vez a realidade das cousas subleva-se para repellir tão futil utopia. Mas cumpre antes restabelecer a verdadeira doutrina do direito romano, adulterada pelos glossadores.

O dominio era sem duvida no direito romano um direito corporeo, tanto em relação ao objecto, como a

respeito do poder que elle conferia ; como tal o dominio era synonymo de propriedade. Além do dominio não havia propriedade, mas sómente um meio de adquiril-a, uma espectativa, um estado intermedio entre o ter e o não ter. Essa situação, representada pelas obrigações, era transitoria ; não carecia, como o dominio, de um poder para garantir a sua permanencia ; bastava dar-lhe o meio de transfomar-se em dominio ; e por isso nas Institutas as obrigações e acções são ligadas no mesmo titulo, como fracções de um mesmo direito — *Obligationibus et actionibus.*

O repouso em que ficavam as obrigações, a inercia dos direitos a ellas correspondentes, não exigia da lei mais do que a acção para o cumprimento *(conditio).* O individuo emprestava o seu dinheiro a outro, e esperava que chegasse o tempo de lhe ser restituido. Si antes disso carecia daquelle dinheiro e achava um terceiro que lhe quizesse pagar o emprestimo, ficando subrogado no direito da obrigação, fazia com o consentimento do devedor a novação *(novatio)* do primeiro contracto ; substituia-se o primeiro contracto por um segundo.

Quando, com o incremento da sociedade e progressivo augmento das relações, as obrigações foram sahindo da primitiva inercia e começaram a figurar no movimento das transições como uma especie de bens, e não simplesmente como um simples meio de adqui-

ril-as, ou uma transição para o dominio, os jurisconsultos romanos sentiram a necessidade de estender o direito real além do estreito limite que lhe estava marcado, além da cousa corporea ; e reconheceram o caracter dominical no uso e fructo, na herança, e servidão ; posteriormente crearam a hypotheca, e prorogaram ainda mais o circulo do direito real.

Comtudo, aferrados ainda ás tradições e ao materialismo que tinha suas raizes nas origens da cidade eterna, os romanos não abandonaram a anterior constituição do dominio ; e entenderam que vinculando a cousa mesmo alheia ao direito real, embora indirectamente, o objecto do direito embora immaterial se solidificava ao contacto da cousa, e se incorporava nella. Assim um direito de usufructo de uma terra, embora não tenha objecto physico, certo e existente, pois depende do futuro, comtudo indirectamente é representado pela cousa, que se torna sua séde, e na qual elle inhere. Por esse motivo vê-se introduzida para esses direitos reaes uma quasi —posse, ou uma posse immaterial : fazia-se uma concessão á necessidade, conservando a nomenclatura adoptada, symbolo da uniformidade do systema.

A'hi ficaram os romanos ; porque ahi parou a necessidade da sociedade civil. E' de crer que se o movimento continuo das obrigações, que estava reservado

á moderna idade, se revelasse do seu tempo, não teria escapado ao espirito de profunda investigação dos jurisconsultos; e o resultado fôra uma revolução na jurisprudencia. Mas si a arte florescia naquelles priscos tempos, a industria estava ainda na infancia, e quinze seculos a separavam das machinas do vapor e da electricidade.

Em conclusão, a propriedade para os romanos era synonymo de dominio; elles chamavam — *bona* o patrimonio particular sómente para differençal-o do genero — *res*. *Bona* era uma especie de cousas; cousas particulares, em opposição a cousas publicas ou communs, e não em contraste a cousas corporeas, ou possuidas a titulo de dominio. Em outro sentido elles diziam que uma cousa estava *in bonis* quando o individuo não era dono della, mas tinha um direito a retel-a; assim o depositario, o conductor, o commodatario, e o posseiro de boa fé tinham a cousa *in bonis*. A phrase então applicava-se só á posse e não á propriedade; essa posse *in bonis* restringia o dominio, pois repellia a acção de reivindicação.

Foram os glossadores que deram á expressão *in bonis* o sentido moderno de uma propriedade incorporea e sem dominio, sentido que não tem a menor analogia nem com o primitivo do direito quiritario, nem com o Digesto. Quando as obrigações foram adquirindo a importancia que afinal assumiram na

sociedade civil; quando ellas se superpuzeram umas ás outras como varias camadas de direitos, figurando por conseguinte, ora como titulo de propriedade, ora como objecto verdadeiro de propriedade, a jurisprudencia sentia que ellas não podiam conter-se no espaço que lhes marcára o direito romano; que já não podiam ser consideradas pela jurisprudencia como simples titulo para acquisição do dominio, ou simples transição de um dominio á outro. Então aproveitaram-se da expressão *in bonis* e para ahi atiraram as obrigações, livrando-se assim da obcessão que os opprimia de ver uma cousa immaterial, *quæ tangi non possunt*, ser a séde do direito real do dominio.

Em vez de reconhecer a importancia da revolução que se operava na sociedade e abrir-lhe as valvulas da lei para que se escoasse serenamente, ao contrario, pensavam que podiam abafal-a com uma palavra resuscitada e uma velha theoria; e assim crearam essa propriedade hybrida, incomprehensivel, verdadeira enguia que escapa ao espirito mais tenaz.

Felizmente, latente sob a argucia dos glossadores ahi está na propria lei civil o facto vingando a razão e proclamando diariamente, pela voz mesmo do legislador, a verdade.

Esta demonstração será o assumpto de outro estudo.

CAPITULO X

OBRIGAÇÕES

Convem recordar a definição de dominio que dão os commentadores. E' o direito de usar, gozar e abusar de uma cousa, na fórma da lei — *quatenus juris ratio patitur*.

Os elementos essenciaes desse direito são, como se mostrou :— 1.° a acção absoluta, *adversus omnes*, em termos philosophicos a obrigação universal que lhe corresponde ; 2.° o poder real *inhæret in re*, a sujeição corporea da cousa. Na legislação essas theorias dos commentadores se traduzem em duas instituições — a posse e a reivindicação. A posse, é a realidade do direito, a emissão do animo na cousa ; a reivindicação é o corollario da posse, a cohesão que existe entre o senhor e a cousa, e em virtude da qual o objecto do dominio é attrahido através do tempo e do espaço.

Não se trata aqui da condição de ser a cousa corporea ou não, porque esse é o ponto controverso. Desde que se houver encontrado no proprio campo da lei civil, no tapete da justiça, o dominio com o seu caracter absoluto-real funccionando sobre uma cousa

incorporea, e ahi vivendo tão commodamente como sobre o corpo o mais solido, se terá demonstrado que os commentadores são victimas de um prejuizo, e repellem o dominio immaterial pela cegueira que não lhes deixa ver o mundo, como elle é realmente.

O exemplo é fornecido por uma das mais comezinhas transacções que se effectuam nas grandes cidades. Ide a um theatro e assignai uma cadeira ou camarote por cincoenta recitas ; vós celebrais com o emprezario um contracto de locação, pelo qual elle se obriga a ceder-vos, mediante uma paga, o uso parcial de seu theatro, durante aquelle numero de representações, ou antes comprais o direito de assistir a cincoenta representações. Como quer que seja, essa obrigação das cincoenta representações, proveniente de locação ou de venda, é uma cousa incorporea, que nem sequer tem a qualidade do *uso*, servidão, ou de qualquer outro direito real.

Será essa cousa incorporea objecto de um dominio?

Vejamos. Em relação á noção de dominio a obrigação se adapta perfeitamente a ella. Vós ides ao theatro uma, duas, ou tres vezes, usais portanto da vossa propriedade ; vendeis algumas das recitas assignadas com lucro de vinte ou trinta por cento ; fruis portanto a vossa propriedade ; finalmente quereis dis-

pôr della, ou abusando, ou transferindo, rasgais os vossos bilhetes, ou os vendeis a terceiro. Demais com a entrega dos bilhetes fazeis tradição da cousa ao comprador; e este pela recepção adquire a posse, e por conseguinte o dominio. Si depois dessa transferencia, na primeira noite de espectaculo, vós ou qualquér outra pessoa sentar-se na cadeira assignada, o comprador, verdadeiro proprietario desse direito, o reivindica, e com tal força e tão summariamente, que a autoridade intervem para fazer-vos levantar e respeitar a propriedade alheia.

E' isso o dominio, o verdadeiro dominio da lei civil, *jus qui incidit in rem?* Falta-lhe algum dos seus predicados? Não ha nelle o caracter absoluto-real, que reage contra todos, e arranca o seu objecto a qualquer poder material que o retenha? Não foi transmittido por uma tradição consagrada na jurisprudencia, a tradição symbolica? Não foi adquirido conforme a orthodoxa doutrina do direito romano, pela posse de corpo e animo — *adpiscimur possessionem corpore et animo?*

Talvez que os civilistas, ferteis em argucias, pretendam que o theatro na sua qualidade de empreza publica, sujeito a regulamentos policiaes, não entra na sua competencia senão por excepção. A objecção seria infundada, porém é mais facil contestar a con-

clusão a que se quer chegar, apontando mesmo no coração do direito civil o dominio immaterial, estabelecido sobre uma obrigação.

Trata-se de um deposito necessario, miseravel. Um animal alheio penetra em uma chacara e destroe as plantações; o dono do predio o retem em guarda, despendendo com a sua alimentação. Não apparecendo o dono e não podendo elle supportar as despezas a que o força o deposito, transfere-o a terceiro, vendendo-lhe o seu direito e acção, não só á indemnisação do damno, como á indemnisação dos gastos. Effectua-se pois uma venda de duas obrigações, resultantes, uma de um quasi delicto, outra de um quasi contracto, na face dos commentadores.

Porventura não adquiriu o comprador dessas obrigações o dominio dellas? Sem duvida pela tradição do objecto depositado, causa das obrigações, se operou a tradição dessas mesmas obrigações. Supponde que o animal fugisse do poder do comprador, teria acaso o vendedor o direito de apprehendel-o e guardal-o? Não concede a lei ao comprador, então legitimo depositario uma posse garantida pelos interdictos? *animo possidendi*.

Apparecendo o dono do animal, caso o primeiro depositario se apresentasse á exigir o direito e a acção que vendêra, não teria o cessionario, em face da lei,

meio de arredal-o dessa criminosa pretenção, e entrar na posse turbada de sua propriedade? E o que era isso em definitivo, senão uma verdadeira reivindicação, immaterial é certo, como é immaterial o objecto do direito?

Os commentadores beberam em fonte impura as suas falsas idéas a respeito da reivindicação. Sem duvida esta acção real nos apparece de primeiro aspecto no direito romano, sob a mesma fórma grosseira que o dominio, do qual ella não é senão um corollario ou antes um fragmento. Occupação, posse, tradição, reivindicação, termos que exprimem a mesma acção material em uma diversa situação, que se resumem todos no facto corporeo, rude expressão da propriedade na infancia da lei civil. Já se observou a tendencia, embora tortuosa e contradictoria, que se manifestou na jurisprudencia, para desmaterialisar ás tres primeiras fórmas — da occupação, da posse, e da tradição. Reservou-se para agora o mesmo estudo a respeito da reinvindicação.

Reivindicação — *rei-vindicatio*, a vindicta da cousa, elevada á esphera da philosophia e arrancada ao estreito circulo da jurisprudencia, significa o triumpho, a restauração do direito sobre a violação, ou mesmo sobre o simples obstaculo, que vem turbar o seu imperio absoluto. Desde que um poder qualquer, vontade ou acaso, penetra na esphera onde reina o direito soberano, elle

perturbado em seu repouso, ergue-se para expulsar do seu dominio o offensor, vingando nelle a injuria feita e o damno causado. A natureza nos offerece uma analogia perfeita dessa lei racional na lei physica do movimento; a toda a acção responde a reacção. O corpo perturbado na sua inercia pelo choque de outro corpo, reage imprimindo-lhe uma impulsão inversa. Essa força reactora é. na ordem juridica, a reivindicação.

Todo o direito, pois, por isso que é direito e faculdade revestida de força coercitiva, tem implicito em si o poder reinvindicador, o poder de repellir a offensa, e restaurar-se na legitima esphera de que seja deslocado. Restringir, pois, esse poder a uma classe unicamente de direitos, áquelles que têm por objecto uma cousa corporea, que têm uma séde material, é acanhar as idéas, degradar a lei, e subverter os principios da razão. Construiram os civilistas, emfim, um systema vacilante, que se alue a cada instante por falta de base, e que precisa ser escorado para manter-se na sua mesma inconsistencia.

O que se observa realmente desde o direito romano?

Ampliado o dominio aos direitos reaes imperfeitos, *jura in re aliena,* taes como o fructo, uso e servidão, era consequencia necessaria attribuir a esses direitos todos os attributos dominicaes, e portanto dar-lhes

uma acção de reivindicação, embora não tivessem elles um objecto corporeo ou tangivel. Neste caso nem usaram do disfarce empregado em relação á posse; não disseram quasi reivindicação; entenderam que uma cousa intangivel, incerta mesmo, podia ser reivindicada na força rigorosa do termo; e que não havia necessidade de inovações na technologia juridica.

Foram além. Ha certos direitos de personalidade, que os jurisconsultos assemelham aos direitos reaes, taes como a qualidade de pessoa ou de filho. O esbulho desses direitos dava lugar á acção real — *actio in re*, como se vê das Institutas. A acção real era chamada indistinctamente reivindicação, porque a causa não era senão o direito real; a unica distincção que estabeleciam entre as duas, era uma ter lugar quando se reclamava objecto corporeo, e outra quando se reclamava direito. *Petitio* neste caso é um disfarce semelhante á *quasi-possessio*. Falso pudor! Custava-lhes dizer vindicar a cousa, mas deviam pedir a cousa!

De resto, e nisto se vê mais uma prova da flexibilidade sophistica da jurisprudencia, no direito romano encontra-se a engenhosa invenção da reivindicação util *(utile reivindicatio)*. Dava-se esta acção por uma especie de ficção, suppondo no autor a qualidade de proprietario que elle não tem realmente. Assim no caso de especificação, como si um pintor fizesse um painel em tela alheia, o dono da tela, ex-proprietario,

tinha uma acção de reivindicação a respeito do valor da tela, isto é, uma acção de reivindicação do objecto de uma obrigação, e portanto de um objecto incorporeo.

Depois disso não se póde directamente contestar a competencia de acção de reivindicação sobre objectos incorporeos fundada no direito romano; menos o podem fazer em relação ao direito moderno que se vai examinar.

No direito moderno a expressão dominio tem quasi desapparecido do vocabulario legislativo, e se alguma rara vez ainda se repete é para intelligencia do direito romano. A technologia moderna tem consagrado a palavra propriedade para exprimir o direito do homem sobre as cousas; assim se encontra esse direito definido em todos os codigos actuaes. Em todos elles tambem a propriedade comprehende, não só os objectos materiaes e os direitos reaes, como os simples creditos. O codigo da Prussia, é porém ainda mais explicito, quando considera proprietario aquelle que é autorisado a dispôr com exclusão dos outros da *substancia de uma cousa ou de um direito*. Part. 1.ª, tit. 8.º, art. 1.º

De resto, todas essas legislações reconhecem na venda um titulo para a transferencia da propriedade; algumas fieis ás maximas do direito romano, exigem a tradição para a transferencia da propriedade; outras

aceitando a inovação do codigo francez prescindem da posse.

Todas ellas porém permittindo a venda de creditos, consagram portanto a transferencia desses direitos, embora cousas incorporeas, com o mesmo vigor e o mesmo effeito da transferencia de cousa incorporea. Sob o dominio dos codigos allemães o argumento é ainda mais frisante; porque não se operando a transferencia de propriedade senão em virtude da tradição, e não podendo haver tradição onde não ha posse, é claro que o facto de vender um credito suppõe no vendedor o dominio delle, e com o dominio o requisito da posse.

E como poderia deixar de ser assim, si desde o tempo dos romanos já se permittia a venda de uma cousa futura e incerta, de uma simples esperança, como o lanço de rede? Si é possivel graduar a incorporalidade das cousas, póde-se assegurar que menos corpo do que esse direito tem uma cousa que não existiu nunca, não existe ainda, e talvez nunca venha a existir. O direito ao menos tem uma existencia juridica, symbolisada pela cousa que lhe deu origem, o direito talvez já foi dominio que se transformou em credito.

Finalmente essa distincção de cousas corporeas e incorporeas em relação a propriedade está tão gasta e decrepita, que já não ousa mostrar-se perante a phi-

losophia do direito moderno. A escola romanista, que tem ultimamente florescido na Allemanha, já não faz grande cabedal dessa especie de dogma do materialismo juridico: ella assentou a linha divisoria entre a propriedade e a obrigação, o direito real e o direito pessoal sobre outras balisas; não é na qualidade physica do objecto da relação juridica, mas na propria substancia do direito, que elles pretendem achar a separação.

Deixemos ao mais illustre dos professores desta seita expender as suas idéas. Diz Savigny, comparando as duas partes de todo o patrimonio — a propriedade e as obrigações *(Oblig. tom. 2.°, § 60, pag. 282)*:

« Quanto á propriedade a regra é que ella póde ser livremente, arbitrariamente, alienada e a alienação assim consentida produz um verdadeiro transporte, uma continuação da propriedade anterior em outra pessoa. E' pois um facto bem distincto da extincção da propriedade, seguido immediatamente da creação de uma propriedade nova que se adquire por uma especie de prescripção instantanea. Ao contrario a alienação não tem outro effeito senão afastar completamente a pessoa do precedente proprietario e todas as relações de direito que se uniam a elle.

« Diverso é a respeito das obrigações. Nellas não se póde dar uma verdadeira alienação no sentido que

ligamos á essa expressão, e as partes que desejam chegar a um resultado analogo devem empregar dous meios differentes ambos: 1.° *Novação*. Podem destruir a obrigação preexistente e crear em seu lugar uma obrigação nova da mesma natureza no interesse do novo credor; aqui não ha alienação, nem transferencia, mas substituição de uma por outra obrigação do mesmo valor. 2.° *Cessão*. O credor, em vez de alienar seu direito á favor de outro credor, póde lhe transferir simplesmente o proseguimento desse direito, isto é, o exercicio de sua acção pessoal, com a condição de que este ultimo conservará para elle o objecto adquirido em consequencia da acção.

Esta segunda operação juridica, que póde ser realisada successivamente por muitas pessoas *(cessionarios)* se distingue da alienação da propriedade, visto que ella não comporta o afastamento completo da pessoa do credor originario e as relações de direito que se prendem a elle. Portanto a consequencia importante é que a todo o cessionario, mesmo áquelle ao qual o titulo só chegou depois de haver passado por muitas mãos, podem ser oppostas excepções tiradas das pessoas do credor originario, por exemplo a compensação ou a excepção *non numeratæ pecuniæ*, e mesmo a que resulta das cessões intermediarias, por exemplo, a excepção da lei *Anastasiana*. »

A doutrina do illustre romanista se resume na se-

guinte proposição : — o credor não póde transferir o seu direito sem assentimento do devedor. Entretanto, para conservar-lhe todo o seu vigor, nós a deixamos em sua legitima expressão, para discutil-a. Apartamos a novação que é um accidente dos contractos, para nos occuparmos agora sómente da cessão.

As relações juridicas se travam por tal fórma, que é impossivel na vida real isolal-as uma das outras e separal-as ; fôra preciso, para romper o seu fio intrincado,destruir a sociedade. Mas na sciencia, por abstracção, é possivel concentrar a attenção sobre um unico facto e estudal-o em todo o seu desenvolvimento. E' o que vamos fazer a respeito de duas relações juridicas, uma de propriedade, e outra de credito, considerando ambas em duas varias situações : — na situação do repouso, quando nada as offende e agita, e na situacão de movimento, quando a violação provoca o exercicio da accão correspondente.

Eu sou proprietario de uma casa, e credor de uma somma ; precisando realisar esses valores do meu patrimonio, passo a casa e o credito a um terceiro que me dá em troca desses objectos a importancia que me custaram. Esse individuo não é perturbado no exercicio dos direitos que eu lhe transferi ; possue a casa mansa e pacificamente ; e quanto ao credito, apresentando-o ao meu devedor com uma quitação minha, este não poz a menor duvida, e pagou-o, certo de que

a sua obrigação estava legalmente solvida, e sua responsabilidade extincta.

Ora, nesta situação de repouso, em que não houve da parte do devedor infracção da obrigação que reclamasse o exercicio da acção, parece que não foi esta acção ou esse direito de processo, o objecto cedido, e sim o direito mesmo da obrigação, o credito. Do contrario o resultado seria um absurdo; isto é, todas as vezes que o devedor pagüe, sem ser accionado, a cessão será vã, não terá tido objecto. Demais não é um verdadeiro jogo de palavras dizer que não se cede o credito, mas a acção pessoal do credito com autorisação de fazer sua a causa proveniente da acção? Si alguem dissesse que não se comprava um cavallo, mas o direito de propriedade do cavallo, rir-se-hiam da distincção; e entretanto ella não seria mais futil do que a do sabio romanista.

Entremos agora na segunda situação de movimento. O meu primitivo devedor, quando o ultimo cessionario da acção pessoal correspondente á sua divida se apresenta, recusa pagar, porque eu lhe era devedor no tempo em que cedi o credito, ou porque a somma que lhe emprestei não foi realmente entregue, ou finalmente porque o cessionario não prova como a divida passou successiva e individualmente desde mim até o actual credor. São essas as tres excepções que menciona Savigny, e que se desvanecem á primeira

reflexão. De feito se eu era devedor ao meu devedor e se por virtude da lei essas duas obrigações se devem annullar mutuamente por meio dessa liquidação juridica chamada compensação, é claro que vendi uma cousa que não me pertencia, o *credito ;* e portanto o seu legitimo senhor *(o devedor)* a reivindica na mão de quem quer que a possua — o cesssionario. O mesmo succederia si a casa que eu vendêra não fosse minha ; o seu legitimo dono a reivindicaria do comprador, e este me chamaria á autoria para defender a causa, e indemnisal-o dos prejuizos, perdas e damnos. Igual consideração suscita a excepção *non numeratæ pecuniæ*. Embora no direito romano a obrigação litteral uma vez contrahida subsistisse apesar da cousa não ser entregue, dando este facto apenas uma excepção ao devedor ; comtudo ainda achamos nos movimentos de propriedade situação analoga. E' a do vicio redhibitorio da cousa vendida ; por esta excepção o comprador annulla a venda e obriga o vendedor a restituir-lhe o preço. Ora um credito, que só tem de credito o titulo, é uma cousa vã e tão viciosa, como barris cheios de agua vendidos por vinho.

Finalmente, quanto á excepção, de que trata a lei Anastasiana, da prova da cessão intermediaria, ella é commum á propriedade. O proprio Savigny (pag. 236) o confessa, embora sob o ponto de vista pratico pretenda que o proprietario goze de duas van-

tagens, que não tem o cessionario: 1.ª A posse, que habilita para a prescripção e antes della realisada é protegida pela acção publiciana; 2.ª A utilidade que tira o proprietario pela relação directa que se estabelece logo entre a pessoa e a cousa.

Basta a confissão de que essas vantagens existem sob o ponto de vista pratico para dar a victoria á razão; mas mesmo no ponto de vista pratico taes vantagens são accidentaes e não constituem portanto uma regra absoluta. Si um individuo me cede a supposta divida de outro, cede-me uma cousa que não lhe pertence, mas que eu começo a possuir de boa fé. Vence-se o credito. Eu me apresento ao devedor, a exigir a divida. Elle não faz valer o seu direito e não oppõe nenhuma resistencia. Ahi está a prescripção instantanea de um credito. Por outro lado ha caso em que a posse não conduz á prescripção; como quando um individuo adquire um terreno de boa fé, mas lhe faltam as outras condições legaes da prescripção.

Quanto á utilidade, é accidental. Cousas ha que o individuo póde adquirir e que não lhe dão utilidade por qualquer circumstancia, como por exemplo — a falta de dinheiro para a exploração de minas, a carencia de compradores, etc. Do mesmo modo ha creditos que o cessionario póde utilisar immediatamente, ou porque deva ao devedor e compense a divida, ou porque

ache novo cessionario que adquira o titulo deixando-lhe vantagens.

Onde porém se revela maior triumpho obtido pela razão é que esse escriptor conclue transigindo. Elle reconhece as difficuldades praticas das operações relativas ás obrigações, e a necessidade que se fez sentir de removel-as. Elle assignala, como um indicio dessa revolução juridica, a tendencia que se nota de todas as obrigações de maior importancia se revestirem de uma fórmula litteral—*titulo*. « Esse titulo constitue um corpo, uma cousa immaterial, isto é, um objecto susceptivel de propriedade e posse. » Nestas palavras de tão eminente pensador a razão, gravou, apesar daquelle que as escreveu, a sentença da jurisprudencia actual.

Cousa notavel, que o escriptor que reconhece que o titulo dá um corpo ao direito, e o torna susceptivel de propriedade e posse, mantenha ainda com tamanho fervor a velha distincção de direitos reaes e pessoaes com todo o seu cortejo de absurdos e contradicções! Tal é a tyrannia do preconceito!

Para ser fiel a sua escola o illustre romanista, chegando pela força do raciocinio e da observação pratica ao grande resultado da *incorporalisação da obrigação*, não se anima a basear ahi um systema, uma doutrina geral; limita esse phenomeno a casos especiaes, faz

delle apenas uma excepção, como anteriormente outros jurisconsultos já haviam feito em relação a hypotheca e ao privilegio. Pouco importa ; para a theoria é quanto basta ; o principio está reconhecido e sanccionado pela experiencia. Foi a necessidade que o arrancou das entranhas do direito e o trouxe á vida real onde elle era reclamado. A jurisprudencia não teve remedio senão curvar a cabeça e humilhar-se.

Todo systema dos direitos reaes e das obrigações foi aniquilado pelas bases, quando appareceu a primeira letra de cambio ; não obstante os jurisconsultos luctam ainda para defender esse montão de ruinas, esse acervo de anachronismos, restos da passada gloria. Esforço vão ; a alavanca da industria move-se ; e acabará por aluir o derrocado edificio.

Consignemos aqui as palavras de Savigny a respeito da letra de cambio, pag. 244. «Quando o primeiro credor designado na letra de cambio (o tirador) transporta essa letra a outrem por endosso, a alienação que se opéra pela tradição da letra é tão completa como a da propriedade ; nenhum dos portadores posteriores não poderá soffrer a opposição da pessoa do primeiro credor, ou resultante de cessões intermediarias. Demais pela fórma da letra de cambio toda a difficuldade relativa á prova das cessões, muitas vezes numerosa, é afastada, porque sobre o unico e o mesmo titulo de

pouca extensão e facilmente transportavel se vê, a par da indicação da primeira operação, todos os endossos.»

O seguimento das idéas não permittiu remontar á fonte em que Savigny bebeu a sua theoria relativa á distincção entre a propriedade e a obrigação. Ver-se-ha agora que essa fonte já estava viciada e impura. E' o seguinte trecho de Gaio em referencia ao modo de adquirir:

Obligationes quoquo modo contractæ nihil eorum recipient. Nam quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, nullo eorum modo, quibus res corporales ad alium transferuntur, id efficere possumus; sed opus est ut jubente me tu ab eo stipuleris; quæ res efficit ut a me liberetur et incipiat tibi teueri; quæ dicitur novatio obligationis. Sine hac vero novatione non poteris tuo nomine agere, sed debes ex persona mea quasi cognitor aut procuratur meus experiri. — Liv. 2.°, §§ 38 e 39.

Em primeiro lugar encontra-se no direito romano obrigações das quaes se effectuava a transferencia por outros meios que não os dous mencionados por Gaio. Cita-se o caso de um fiador que interviesse para afiançar o devedor, sem consentimento nem sciencia deste. Neste caso pagando o fiador adquiria por este facto, independente da cessão das acções do credor, uma acção propria —*negotiorum gestorum*. Em segundo lu-

gar apparece a grande classe das obrigações contrahidas pelos detentores legaes da cousa alheia — usufructuarios, locatarios, commodatarios, depositarios, etc. Toda essa familia de obrigações era mesmo pelo direito romano transferivel independente do consentimento do devedor; e unicamente pelo facto da alienação da cousa. O dono de uma casa vendeu-a á terceiro; esse terceiro adquiriu immediatamente não só o direito aos alugueis, como o privilegio inherente a esse direito.

Em segundo lugar convém dar toda attenção as ultimas palavras de Gaio relativas á cessão da obrigação — *debes ex persona mea quasi cognitor aut procugurator meus experiri* — deves obrar *quasi* como administrador ou procurador meu. Nós já sabemos o papel importante que esse adverbio *quasi* representa na jurisprudencia romana; é o symbolo de uma intoleravel confusão. Os romanos tinham a tenacidade systematica peculiar aos jurisconsultos, e mais forte naquelles tempos em que a philosophia do direito não exercia a sua potencia civilisadora na jurisprudencia e na legislação. Uma vez consignado um principio, introduzida uma palavra technica, gravava-se tão fortemente na lei e nos costumes que era difficil apagal-o. Então quando a necessidade impunha a reforma e a excepção á regra, usavam desse deslise de linguagem, que de certo modo conservava a apparente unidade do

systema. Este — *quasi procurador* de Gaio vale a — *quasi posse* de Justiano.

A necessidade insinua-se na lei, como o calor por todos os poros do corpo. Quando se effectuava a cessão de uma obrigação, para evitar a prova, o credor dava uma procuração ao cessionario com poderes para accionar o devedor em seu nome, fazendo seu o proveito da demanda. O uso foi pois introduzindo clausulas absurdas nesse contracto de mandato que representa no direito romano uma verdadeira miscellanea juridica. Irrevocabilidade do contracto, ampla liberdade do procurador, isenção de toda a responsabilidade, faziam desse pacto um monstro trifauce, uma venda similando doação e disfarçada em procuração: a esta variedade do mandatario chamaram *procarator in rem propriam*, D. 12 § 14. Finalmente como isto não bastasse ainda; como o credor primitivo pelo facto do mandato não perdia o direito de accionar elle proprio o devedor, e isso tornava a transacção precaria, as ultimas Constituições attribuiram ao cessionario acções uteis e proprias em substituição das acções directas do credor que ficavam extinctas. Então o procurador tomou realmente o lugar do senhor. *Si in rem suam datus sit procurator, loco domini habetur.*

Eis o sentido que se deve ligar á phrase de Gaio. interpretada segundo as Institutas. E' um disfarce de linguagem para vendar a realidade de uma venda per-

feita com o nome de mandato, mantendo assim ao menos na apparencia a integridade do primitivo systema. O argumento, dahi deduzido para provar que a obrigação não é transmissivel como a propriedade, é pois contradictorio; porque esse mesmo subterfugio da jurisprudencia está mostrando á toda a luz a força imperiosa da necessidade comprimindo as falsas distincções da lei, e abrindo espaço através do erro e do sophisma.

No estudo seguinte este ponto receberá mais larga demonstração. Então se reconhecerá que não é a incorporalisação da obrigação que a torna transmissivel, como pensa Savigny; e que o titulo influindo na prova não póde absolutamente alterar a natureza intrinseca da obrigação.

CAPITULO XI

OBRIGAÇÕES

Tomando a questão do seu ponto de vista mais largo, remontando á philosophia do direito, ella se formula bem nesta these.

« A natureza da obrigação implica a sua transmissibilidade? Ou ao contrario repugna com ella? »

Neste postulado está a senha da grande revolução do direito civil, a cujo estudo foi esta obra dedicada. Investigar a natureza da obrigação e assignar-lhe o lugar que lhe compete nas relações individuaes e no patrimonio de familia; reconhecer a sua transmissibilidade é aniquilar as barreiras creadas por uma falsa doutrina e restabelecer a propriedade em suas verdadeiras bases. Não abandonaremos porém, no estudo em que nos vamos empenhar, a linha traçada; não remontaremos ás regiões philosophicas deixando o nivel da vida real, onde mais que nas abstracções se ostenta todo o vigor da razão.

A obrigação, na sua significação technica, apparece na scena do direito civil, como o vinculo de direito — *vinculum juris*. Neste ponto é fiel á sua origem his-

torica, e até mesmo á sua existencia embryonaria na infancia da sociedade civil. O nexo, primeira formula embryonaria da obrigação, não era outra cousa senão um vinculo, mais forte é certo, mais rude e violento; prendia materialmente, atava; a obrigação prende moralmente, liga. Entretanto devemos suppôr que, ainda na época do maior lustre do direito romano, a obrigação não se tinha de todo separado da primitiva rudeza do nexo, pois Paulo julgava necessario declarar que a substancia da obrigação não consistia em uma servidão corporea, porém em uma simples coerção para dar, fazer ou prestar alguma cousa. *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat; sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel prestandum*. Dig. 144, tit. 7, § 3.° pr.

Considerada a obrigação um vinculo juridico, a sua essencia deixa de ser personalissima. Exprime-se este pensamento com a mesma imagem physica da obrigação — o laço que prende os direitos da relação simples, desde o momento em que um desses sujeitos fôr substituido por outro. A obrigação, que succede á primeira, póde ser inteiramente identica em relação á prestação, mas não é a mesma, porque houve mudança de pessoa, e portanto mudança de relação.

A intransmissibilidade da obrigação mostra-se pois, ao menos na apparencia, como uma consequencia

logica da natureza que assignalam a obrigação de ser um vinculo juridico.

Antes de submetter a um exame puramente racional esta doutrina, será de grande vantagem aferil-a pela propria jurisprudencia, onde ella tem creado raizes. E' o que se vai fazer.

O principio da intransmissibilidade das obrigações, proclamado, no direito romano, como uma consequencia da natureza personalissima do vinculo, teve logo uma excepção a respeito da herança, ou successão universal. Considerada essa instituição como uma prorogação da pessoa, entendeu-se que o herdeiro tomava nas obrigações o mesmo lugar do primitivo credor ou devedor; e que por conseguinte não havia alteração no vinculo. Qualquer que seja o gráo de protecção que a lei concede ao principio hereditario, não se póde contestar que essa prorogação da existencia do testador é uma ficção repugnante como a propria lei, e demais inutil. Repugnante, porque essa prorogação só tem lugar a certos respeitos e a outros não; inutil, porque não ha necessidade della para transferir instantaneamente o patrimonio do testador ao herdeiro. Aceite-se não obstante a ficção, como base para a argumentação, e fique assentado este ponto, que o caracter pessoal da obrigação não se refere á pessoa moral. O rigor do principio está portanto já bem attenuado; repousa sobre uma ficção apenas.

Essa mesma ficção se desvanece.

Proseguindo no exame das obrigações em relação á sua hereditariedade, vemos que ha obrigações inherentes á pessoa, que se dissolvem com a morte e não passam aos herdeiros; taes como a obrigação do mandato e da locação de serviços. Para não seguirem essas obrigações a regra estabelecida da hereditariedade, devia haver uma razão, e foi o caracter personalissimo da prestação. As relações productoras daquellas obrigações geram-se de uma mutua confiança, que póde não existir entre os herdeiros; a prestação é tão propria, tão exclusiva, tão especial á individualidade, que não póde ser realisada por outrem.

O que isto demonstra? Que a personalidade da obrigação não provém do vinculo juridico, mas sim da natureza da prestação. A prova é que bastou uma ficção para afastar aquella falsa personalidade; a ficção foi coagida a ceder, e a arredar-se para não perturbar o desenvolvimento regular das relações civis.

Passemos porém a um ponto mais interessante.

O direito civil reconhece uma grande familia de relações juridicas que eu denominarei *anonymas*, porque se estabelecem entre *individuos* completamente estranhos um ao outro; e *moveis*, porque são susceptiveis de uma deslocação de sujeito, independente de qualquer transferencia.

Apontaremos os principaes grupos dessa familia. 1.° As obrigações formadas pela detenção legal de uma cousa alheia a titulo de deposito, commodato, locação, ou usufructo. Neste caso o detentor tem uma obrigação anonyma, porque póde elle ignorar os movimentos da propriedade e quem seja ou possa ser o novo senhor; movel, porque independente de sua vontade, o credor da sua obrigação póde mudar com a simples alienação do objecto. 2.° As obrigações provenientes dos delictos contra a propriedade. Neste caso o criminoso offende o direito de uma pessoa que elle não conhece, ou que embora conheça não se distingue para elle: rouba-se um bem, porque elle tem valor, e não porque pertença a este ou aquelle. Neste caso a obrigação é anonyma. E' movel porque acompanha e segue todos os movimentos da propriedade. 3.° A obrigação de garantir a evicção no contracto de venda, a qual se transmittindo de comprador a comprador póde vir a tornar-se effectiva entre dous estranhos. Assim o primeiro vendedor de um objecto póde ser chamado por autoria para vir defender a propriedade, como evicta, na mão do decimo ou vigesimo comprador.

Si no direito civil essas obrigações funccionam livremente e sem encontrarem nas suas evoluções o menor obstaculo, antes protecção da lei, devemos concluir que não é ainda o vinculo juridico a verdadeira

causa da intransmissibilidade da obrigação; por isso que tão grande numero dellas são transmittidas sem que o vinculo se rompa, e sem haver necessidade de recorrer aos estratagemas da novação e cessação em causa propria.

E' tempo porém de tomar a questão de alto e resolvel-a racionalmente.

A obrigação não é o vinculo de direito — *vinculum juris* das Institutas. Ha nisto uma confusão fatal que vem de longe e começa na estravagante distincção do direito de propriedade em real e pessoal. Corrompidas todas as noções elementares da sciencia juridica, a consequencia devia ser a fluctuação das idéas, e o vago da lei. Assim é que a obrigação foi tomada como o objecto do direito, em vez de ser a sua confirmação, a sua consagração, o seu reconhecimento.

Quando se considerar uma relação juridica em absoluto, abstracção feita da lei civil, ella apparece-nos formada por diversos elementos: — 1.° Sujeitos da relação; sujeito activo (autor) sujeito passivo *(reus)*. 2.° Objecto da relação, cousa na sua mais lata significação — *res*. 3.° O resultado dessa relação; direito para o sujeito activo; obrigação para o sujeito passivo. Cada um desses elementos é distincto; e embora elles se manifestem sempre em uma cohesão moral, sob o aspecto complexo da relação, cumpre discriminal-os

perfeitamente quando se trata de legislar a respeito, e especialmente de fundar sobre elles um systema.

O meu direito de existencia, o meu direito de liberdade, não consiste na obrigação correspondente dos outros homens de respeitarem a minha existencia e a minha liberdade ; esta obrigação é uma consequencia e não objecto do direito ; o objecto de direito é a existencia e a liberdade. O individuo assaltado por ladrões e assassinos, si tem força bastante para repellil-os, conserva-se no pleno exercicio de seu direito de vida, embora desapparecesse o cumprimento da obrigação. Ora si a obrigação fosse o objecto do direito, chegar-se-hia a este absurdo, — que infringida a obrigação, o direito ficaria reduzido á inacção.

E' sobre esse absurdo que se funda a doutrina das obrigações na jurisprudencia. Ahi a obrigação é considerada umas vezes em uma significação mais ampla que abranja a situação mutua do credor e devedor; neste caso confunde-se com a relação juridica. Outras vezes é considerada em um sentido mais restricto, como uma especie de cousa incorporea, e neste sentido diziam os romanos — o direito da obrigação. Aqui a confusão da obrigação com o objecto della é manifesta e incontestavel.

O corollario que dahi deriva para a personalidade é conhecido. Sendo a obrigação considerada um bem,

uma parte da propriedade, e consistindo ella no objecto do direito, é claro que se estabelece uma servidão civil, embora parcial e fragmentaria: é claro que a cessão que o credor possa fazer da obrigação equivale á cessão de uma porção da liberdade alheia, que entretanto é inalienavel.

A relação juridica entre o credor e o devedor é na essencia a mesma relação que existe entre o proprietario e o posseiro. O objecto do direito do proprietario não é a obrigação do posseiro de restituir-lhe a cousa, mas sim a propria cousa que deve ser restituida: a obrigação não é mais que o reconhecimento do direito. Da mesma fórma pois o objecto do credito não é a obrigação do devedor, mas sim a cousa que o devedor se obrigou a dar ou fazer.

Kant, tratando da acquisição proveniente da obrigação, escreve algumas palavras através das quaes a verdade transparece. « O que é que eu adquiro no exterior pelo contracto? Como não se trata senão da casualidade do arbitrio de outrem relativamente a uma promessa que me foi feita, eu não adquiro por ella immediatamente uma cousa exterior, porém um acto da pessoa por meio do qual a cousa passa em meu poder e torna-se minha. Não adquiro pois pelo contracto senão a promessa de outrem, e não a cousa promettida, e comtudo meu haver exterior se acha accrescido; eu fiquei mais rico *(locupletior)* pela acquisição de uma

obrigação activa que eu posso impôr á liberdade e ás faculdades de outro. »

Sente-se a difficuldade invencivel com que arcava esse espirito possante para explicar o accrescimo de riqueza que produzia a obrigação no haver particular. Esse accrescimo não podia provir senão de uma utilidade, de um valor, de uma cousa emfim capaz de ter um preço venal. Ora como a theoria do direito real não permittia que essa cousa fosse aquella que o devedor se obrigára a dar, força era substituil-a por outra cousa imaginaria, pelo acto ou promessa do devedor. De modo que no rigor da expressão, e querendo-se harmonisar a phraseologia juridica com a theoria, devia dizer que o mutuante por exemplo não alugava o seu dinheiro, maș o direito de propriedade que tinha no dinheiro ; e que o locatario não usava do mesmo dinheiro, e sim daquelle direito.

Onde se revela mais a falha de um tal systema é na comparação do direito de propriedade com o direito de existencia e liberdade. O que distingue esses direitos é o modo de sua projecção no mundo exterior ; porque elles não são mais do que o triplice gráo da expansão da personalidade. O primeiro gráo é passivo. A personalidade mostra-se em repouso na vida exterior ; ella recebe apenas a acção do mundo externo, aspira os elementos da vitalidade : é a existencia. O segundo gráo é essencialmente activo. A personalidade sahe do

repouso ; põe-se em movimento ; não recebe já, mas, exerce a sua acção sobre o mundo externo ; agita-se dentro da esphera que a Providencia lhe traçou. O terceiro gráo é mais do que activo. A personalidade posta em movimento, cohere por assim dizer uma parte do mundo exterior, incarna-se nella pelo trabalho, estabelece entre ella e a cousa essa cohesão que se chama a propriedade.

A differença entre as tres faculdades é pois bem pronunciada.

A propriedade se distingue de todas por essa especialidade da união da pessoa com a cousa. Nas outras faculdades essa reunião se dá tambem, porém em um gráo diverso ; na liberdade é menos que união, é um simples contacto, ephemero de sua natureza.

O individuo que passa pela superficie da terra não leva senão a poeira que vai deixando pelo caminho. Na existencia é mais do que união, é absorpção ; a cousa desapparece, consumida pela necessidade do organismo, de modo que ainda neste caso a união da pessoa com a cousa não se dá. E' só a propriedade que a realisa ; é só na esphera desse direito que a pessoa exerce uma dominação permanente, uma especie de soberania individual sobre uma porção do mundo externo.

O direito civil, fazendo consistir o objecto da obri-

gação em um acto ou uma simples promessa, em uma restricção da liberdade, assemelha todas as obrigações, aquellas que versam sobre a existencia e liberdade, com aquellas que versam sobre propriedade. Dahi provém a confusão que se nota na classe dos direitos pessoaes, e que força os seus adeptos a subdividil-a, em direito pessoal patrimonial e direito pessoal domestico, ou como diz Kant, direito pessoal de *especie real*. Para distinguir na massa do direito pessoal o que é relativo á propriedade, os jurisconsultos sentem a necessidade de recorrer ao principio da utilidade representada por um preço venal ; e ahi lavram a sua condemnação. Si o preço venal é o criterio da obrigação relativa á propriedade, é claro que o valor dessa obrigação, e portanto o seu objecto, ha de ser uma cousa, corporea ou incorporea, completamente extranha á personalidade, porque a personalidade repelle tal idéa de preço.

Em qualquer situação que se colloque o homem, ou no campo do direito publico, ou no campo do direito privado, ou em face da humanidade, ou em face de uma outra individualidade como elle, a idéa da obrigação nunca nos apparece tal como a encontramos no direito civil. Nas relações politicas a obrigação de concorrer com uma quota do seu haver para a despeza publica, a obrigação do imposto, jámais se confunde com o proprio imposto. Nas relações civis a obrigação matrimonial não é o proprio casamento.

A origem dessa falsa doutrina vem, como por vezes se tem dito, da necessidade de distinguir no direito de propriedade um direito real, e um direito pessoal. Si toda a obrigação fosse da mesma natureza, o direito que lhe correspondesse seria um e o mesmo.

Ora tendo-se estabelecido um direito absoluto real e um direito relativo-pessoal, era necessario fazer corresponder a elles uma obrigação diversa. Para bater a doutrina no seu ultimo seguimento vamos considerar este ponto.

Um escriptor dos mais notaveis que professam e sustentam a theoria da obrigação, Ortolan, confessa que não ha direito mais absoluto um do que o outro; a sociedade inteira é sempre garante de todo o direito, e a massa das individualidades sempre obrigada a se abster de perturbar ou impedir o gozo e exercicio de todo o direito. Todos os direitos, quér reaes, quér pessoaes, existem a respeito de todos; o ponto de separação está em que o direito pessoal não póde existir sem um sujeito individualmente passivo; emquanto que o direito real existe sem essa individualidade passiva.

Este argumento parece á primeira vista valente; mas logo que se aprofunda a materia, sua força desfaz-se como fumo.

O direito é um; elle representa a esphera da ligitima actividade humana. Mas quando consideramos

essa actividade pelas diversas fórmas de sua manifestação, distinguimos diversas especies de faculdades, como a existencia, a liberdade e a propriedade; quando consideramos a ordem de relações em que essa actividade se projecta, distinguimos os direitos em publicos e privados; quando finalmente se considera o gráo em que a actividade se produz, distingue-se o direito em absoluto e relativo. Mas afinal de contas todos esses direitos entram e se recolhem uns nos outros e formam a idéa geral da faculdade humana, do direito emfim.

Limitando-nos agora á distincção do direito em absoluto e relativo, é intuitivo: 1.° que esse estado do direito não é privativo da propriedade e sim geral á todas as outras faculdades, á existencia, como á liberdade; 2.° que ainda restringido á propriedade, não se póde dar a esse estado fixidez e permanencia, visto como todo o direito póde ser alternadamente absoluto ou relativo, sem por isso mudar de sua essencia.

Demonstrám-se estes dous pontos.

Que a existencia e a liberdade se manifestam como a propriedade, ora absoluta ora relativamente, é facto que prova a simples indicação.

O direito de existencia considerado na sua generalidade é um direito absoluto, que todos devem respeitar; considerado em relação aos parentes é um

direito relativo, que só obriga a essas pessoas certas e determinadas. O direito de liberdade, que se apresenta tantas vezes como direito relativo, apparece tambem como direito absoluto na scena civil ; tal é, por exemplo, o direito de domicilio e residencia, o direito de contractar, que obriga geralmente.

Quanto ao outro ponto, elle seria igualmente claro, si não fôra a confusão da jurisprudencia. Diz-se que o direito real, o dominio, é um direito absoluto porque obriga a todos. Ninguem o contesta ; é um direito absoluto, como todo e qualquer outro direito no estado de repouso, na plenitude do exercicio. Desde que, porém, o dominio se puzer em movimento, entrar no jogo das relações individuaes, e soffrer por conseguinte as restricções que provém desse travamento de interesses, o dominio ha de tornar-se um direito relativo, á menos que não o tenham completamente desnaturado para fazer delle um monstro.

Supponha-se uma pessoa maior que possue um predio. Elle está no pleno exercicio de sua liberdade civil, como de seus bens ; esses dous direitos acham-se no estado de repouso ; nem um direito extranho travou com elles e os limitou.

Ha apenas entre elles e os outros direitos o simples contracto necessario ao principio social. Mas essa pessoa resolveu casar e alugar o seu predio ; dous

actos distinctos, que restringindo igualmente a plenitude dos dous direitos deve crear para elles uma situação relativa. De feito a sua liberdade absoluta, sempre em relação aos outros homens, cessa de o ser em relação á esposa para quem contrahiu deveres sagrados; da mesma fórma a sua propriedade, absoluta em relação aos outros, torna-se relativa a respeito do locatario.

Outra comparação:— Um individuo apresenta-se como falso procurador, representando a minha pessoa, praticando em meu nome actos que não prejudicam a minha propriedade, porém só o meu nome e a minha reputação. Esse individuo pratica um roubo de minha liberdade, apodera-se de uma porção de meu arbitrio, para exercel-o sem o meu consentimento. O meu direito sobre o roubador é um direito relativo, um direito de obrigação, como diz a jurisprudencia. Entretanto si elle me roubasse uma cousa, o meu direito seria absoluto. Contradicção manifesta! Annullando a procuração eu annullaria todos os actos praticados pelo falso procurador, destruiria qualquer obrigação creada por elle, reivindicava emfim a minha liberdade! Entretanto este direito é relativo!

Onde é que está a differença pratica do direito absoluto? Na acção de reivindicação; mas dependendo a acção de reivindicação da condição material da cousa, é claro que logo que a reivindicação se torne

physicamente impossivel, o direito deixa de ser absoluto. Portanto essa divisão sobre que repousa a jurisprudencia, está á mercê das leis da natureza!

Terminemos este estudo.

Quando a jurisprudencia reconhecer a distincção essencial das tres faculdades juridicas, a existencia, a liberdade e a propriedade, e observar que todas ellas no seu desenvolvimento se apresentam, ora em seu estado absoluto, ora em seu estado relativo, essa decrepita doutrina dos direitos reaes e pessoaes será abandonada completamente. Então reconhecerá que cada faculdade tem o seu objecto differente; o objecto da existencia é a vida; o objecto da liberdade é um acto; o objecto da propriedade é uma cousa, sempre uma cousa. Não ha direito de propriedade que não recaia sobre o mundo material; o contrario seria a negação da propriedade.

O credor de uma obrigação, correspondente a certa somma de dinheiro, é tão proprietario della como o dono de igual somma extraviada. Ambos tem uma acção para fazer respeitar o seu direito, e restabelecel-o na sua plenitude. Si por acaso a somma de dinheiro foi alheiada, é subtituida por qualquer outro valor.

CAPITULO XII

CONTRACTOS

Este estudo não é destinado a um exame completo da theoria dos contractos; mas unicamente á algumas questões relativas á confusão em que nesta materia labora a jurisprudencia.

As velhas distincções do direito romano a respeito de convenções, contractos, estipulações e pactos são hoje completamente anachronicas; nessa parte a jurisprudencia conseguiu uniformisar a legislação restituindo toda a theoria relativa aos actos consensuaes á classe unica do contracto. Alguns escriptores ainda pretendem estabelecer uma divisão entre convenção e contracto, para abrangerem na primeira classe o casamento, o testamento e outros actos, que deslocados pela divisão do direito real, ficariam acephalos.

A uniformidade, a que a jurisprudencia trouxe a doutrina dos contractos, está porém bem longe de ser real; é sómente apparente como se vai demonstrar.

Abrangendo-se toda a massa dos actos consensuaes possiveis, nós vemos que ella póde ser reunida em duas grandes classes, que correspondem á duali-

dade da vida social; ao principio collectivo *individual* e ao principio individual. A' primeira classe pertencem todos os actos tendentes á communhão no exercicio de um direito — *sociedade;* a segunda todos os actos que realisam a cessão do exercicio de um direito — *alienação.* Note-se que dizemos o exercicio de um direito, para não cahir no erro da jurisprudencia, que só considera o contracto como um meio de pôr a propriedade em movimento.

A *sociedade* tem por objecto a existencia, a liberdade, ou a propriedade. A primeira é a sociedade matrimonial; a segunda a sociedade liberal para o exercicio de qualquer arte; a terceira a sociedade pecuniaria para exploração de um bem. Cada uma destas tres especies de sociedade, com especialidade a primeira que completa o homem pela união sexual, tem suas regras especiaes; porém todas obedecem ao mesmo principio geral; todas derivam da mesma fonte, e participam da mesma natureza collectiva.

A *alienação* se applica tambem ao exercicio de qualquer dos tres direitos; nós alienamos uma porção do exercicio de nossa existencia, quando nos sujeitamos á um trabalho arriscado ou nocivo á saude; alienamos a nossa liberdade, quando nos obrigamos a prestar qualquer serviço; e finalmente alienamos uma cousa, quando a cedemos a terceiro. Na alienação se distingue, quanto ao modo, duas especies distinctas;

a alienação gratuita —doação ; e a alienação onerosa — venda. Fóra destas duas especies não ha mais alienação possivel.

Resume-se pois a divisão geral do contracto nestes termos. Todo o contracto ou é sociedade ou alienação ; e qualquer destes generos póde ter por objecto o exercicio de um, ou mais, dos tres direitos primordiaes do homem—, a existencia, liberdade e propriedade. Prescindindo agora dos contractos de sociedade, porque devemos tratar da mais importante, a sociedade matrimonial, quando estudarmos a familia, vamos occupar-nos exclusivamente com a alienação.

O erro da jurisprudencia nesta materia foi não aprofundar a natureza mesma do contracto, ou não remontar á fonte do direito, e procurar o seu principio classificador na materia, sempre na materia ! Os civilistas esqueceram-se que a lei desmembrava o direito de propriedade, formando direitos fraccionarios, tão distinctos e separaveis uns dos outros como as partes corporeas do objecto ; e desse olvido proveiu crearem contractos que realmente não existem, e nada mais são do que variantes de outros.

A locação e o mandato e o deposito não é outra cousa senão a alienação do uso de uma cousa, ou do uso de uma porção de trabalho ; o emprestimo, ou seja commodato ou mutuo, está no mesmo caso. Todos estes contractos reduzidos á sua formula racional

entram em uma das classes da doação, ou venda conforme forem gratuitas ou onerosas.

A successão testamentaria, os legados, nada mais são do que o mesmo contracto de doação, embora com formulas diversas reclamadas pela especialidade do acto. Mas isto não impede que todos esses actos juridicos entrem no genero dos contractos, e sejam regulados pelos mesmos principios geraes que imperam nessa parte da legislação civil — chamada direito consensual. E' escusado repetir aqui o que já foi dito á respeito da verdadeira natureza de contracto que tem o testamento.

Bastam estas breves reflexões para se avaliar da desordem que vai pela jurisprudencia. A successão testamentaria é separada dos contractos e ligada aos direitos reaes, por fazer parte da propriedade, como se ella propria fosse a cousa, objecto do dominio! Em alguns codigos ella ahi figura á titulo de modo de adquirir o dominio, e neste sentido já se demonstrou a falsidade de semelhante principio. Por outro lado formigam as variedades de contractos, enchendo paginas e paginas com a reproducção de regras e preceitos que se reduziriam a muito pouco, desde que a materia fosse devidamente concentrada. Qual é a differença que existe racionalmente entre os seguintes contractos, o emprestimo de um objecto fungivel, o aluguel, ou a venda resolutiva do mesmo? Nenhuma absolutamente;

em todos esses contractos o dono do objecto cede o seu uso por algum tempo, mediante um preço. Qual é a differença que existe entre o mandato remunerado e a locação de serviços?

A respeito das variedades de contractos consideradas isoladamente, ainda não ha uniformidade. Sirva-nos de exemplo a venda. Esse contracto não é outra cousa senão a permuta, a troca de um objecto por outro. O facto de ser um dos objectos moeda não altera absolutamente a natureza da convenção; a moeda ahi representa, o mesmo papel que representa a cousa vendida, é uma utilidade, a expressão da necessidade. Eu preciso de fazendas, vós precisais de dinheiro; satisfazemos mutuamente as nossas necessidades; nem um fez mais nem menos do que o outro. Succederia o mesmo se em vez de precisardes de fazendas, precisasseis de café que eu podesse fornecer.

Porque motivo pois si ha de collocar um dos permutantes em uma posição inferior ao outro? Pois o comprador que dá o seu dinheiro, que entrega a sua propriedade, deve ter menos direito que o dono da cousa, o qual se a entrega adquire uma hypotheca para segurança do preço? Singular aberração! Si alguma propriedade devia ser privilegiada nesse contracto era justamente o dinheiro, porque representa a necessidade universal, a propriedade, typo que tem

o poder de se transformar em todas as outras por meio de um processo rapido.

A locação offerece curiosas anomalias ; ha uma lei para a locação da propriedade territorial e outra para a locação da propriedade movel, isto sem fallar do contracto do trabalho de que fallaremos em seguida. A agricultura reclama sem duvida segurança e garantia para os lavradores de terras arrendadas, afim de animal-os a emprehender mais vastas e laboriosas explorações ; mas a lei civil não tem o direito de expoliar dessas garantias os outros locatarios. A' lei civil não pertence estimular a industria, mas só garantil-a, como a qualquer direito ; esse estimulo é da competencia da administração, que o deve realisar por meio de instituições publicas, e não por privilegios de classes. Perante a lei civil todo o direito se nivela ; e a sorte do agricultor laborioso ou do intelligente emprezario, é pesada na mesma balança em que se pesa a sorte do feto ou do idiota, ente inutil na sociedade.

Chegamos ao contracto relativo, ao trabalho.

O systema adoptado pela jurisprudencia na organisação da propriedade e classificação dos contractos, oppoz durante muito tempo uma barreira ao trabalho. Quando essa grande força se começou a revelar na sociedade civil, abrindo fenda na lei, a accommodaram em um canto obscuro de um dos modos de adquirir,

como parte da accessão, e sob o titulo significativo de especificação, isto é, da transformação da cousa em nova especie. A causa da transformação pouco importava ; o importante era o facto, que tornando a cousa outra, a liberava do primitivo dominio.

Posteriormente, como esse lugar da especificação não bastasse para conter as diversas manifestações do trabalho, que se apresentava sob a fórma de um contracto, foi necessario abrir-lhe espaço na locação ; crearam-se então as duas especies de prestação de serviços *(operæ)* e empreitada de obras *(opus)*. Vamos fazer algumas observações a este respeito.

Essa distincção da locação em cousa e serviço — *locatio condutio rerum* e *locatio condutio operis* — é uma aberração da jurisprudencia, E' esta a occasião de assignar ao trabalho o seu verdadeiro lugar na jurisprudencia ; e dissipar o erro que se tem propagado, de legislação em legislação, até os nossos dias.

O direito de propriedade, dissemos nós, tem a sua séde no mundo material : essa é a sua essencia, elle não póde existir senão na materia. Em qualquer situação que o encontremos, seja qual fôr o estado abstracto em que se ache, elle tende necessariamente a realisar-se, a reduzir-se á utilidade e valor, embora torne a espiritualisar-se para a satisfação de qualquer necessidade moral. Assim os pensamentos que o es-

criptor tira da sua intelligencia são sem duvida o que ha de mais immaterial; por isso não podem constituir uma propriedade, senão quando tomam um corpo; então elles representam um valor, tem um preço venal; mas si o dono em vez de publicar o livro, contenta-se com o prazer de o repetir aos seus ouvintes uma e muitas vezes; esses pensamentos deixam de ser uma propriedade e tornam-se uma cousa commum, como o ar, a luz, etc.

O trabalho é a actividade humana, o trabalho é uma força productiva, como a natureza; o trabalho é um modo de adquirir. O trabalho pois não póde ser o objecto ao mesmo tempo da acquisição, o objecto de uma propriedade. Um individuo se aluga a outro para fazer-lhe uma casa; o preço da casa é o objecto adquirido pelo trabalho; a casa (a fazer) é objecto do contracto. Não ha ahi pois uma prestação de serviço, ou de trabalho; mas sim a prestação de uma cousa que é a obra feita.

Quando nós cedemos o uso de um objecto qualquer, de um animal ou de uma machina, diz a lei que alugamos o animal e machina. Quando pois alugamos o uso de nossas forças corporeas, porque razão a nomenclatura varia, porque não se dirá que esse individuo alugou-se a si, e sim que alugou o seu trabalho? Da mesma fórma, si o objecto do primeiro contracto é cousa — *res*, tambem o é do segundo; porque entre o

serviço de uma machina e o serviço de um homem, ha distincções philosophicas e economicas ; mas não ha nem uma no ponto de vista da materialidade. Em um e outro caso ha um producto.

Esta similitude existe em outros casos. Assim vós alugais paineis e quadros para um individuo ornar a sua casa ; a utilidade que elle tira dahi é toda moral, abstracta, não tem corpo ; é apenas o gozo immaterial da vista dessas pinturas, ou da belleza que ellas dão á sala. Não obstante o que se alugou ? A jurisprudencia diz que uma cousa. Si pois alugardes um artista para tocar em vossa casa, parece que da mesma fórma alugastes esse musico, e não o seu trabalho.

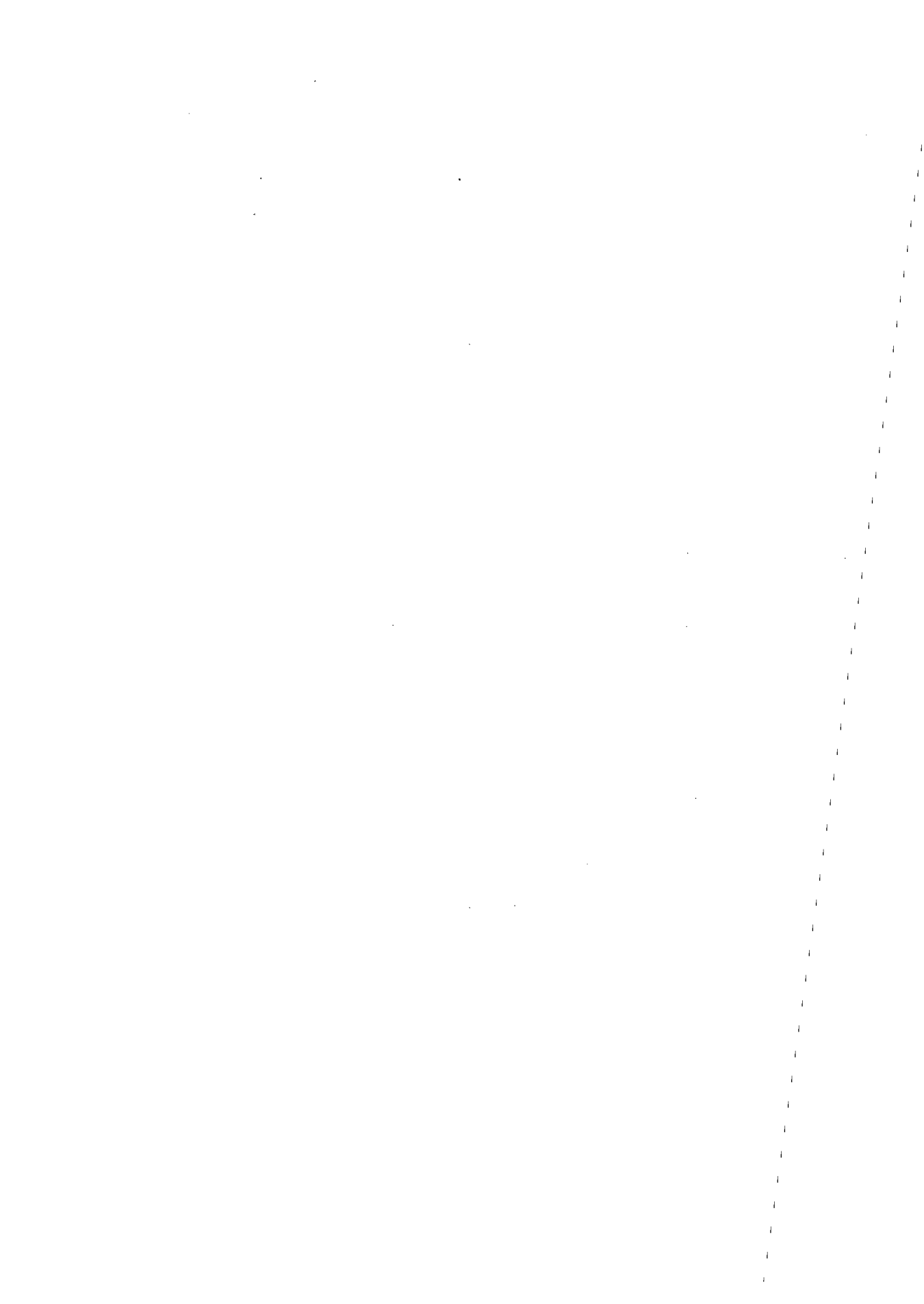
Não ha pois aluguel de serviços ou de obras ; toda a locação tem por objecto o uso de uma cousa, seja essa cousa certa ou incerta ; creada pela natureza ou pela arte.

FIM

INDICE

DA

PROPRIEDADE

INTRODUCÇÃO 1
CAPITULO I.— Formação da propriedade.............. 5
CAPITULO II.— Direito real.......................... 27
CAPITULO III.— O dominio 45
CAPITULO IV.— A hypotheca 67
CAPITULO V.— A servidão.......................... 93
CAPITULO VI.— Acquisição 119
CAPITULO VII.— A pósse........................... 157
CAPITULO VIII.— O privilegio......................... 183
CAPITULO IX.— Obrigações.......................... 203
CAPITULO X.— Obrigações.......................... 222
CAPITULO XI.— Obrigações.......................... 245
CAPITULO XII.— Contractos......................... 251

A Propriedade (edição fac-similar), de José de Alencar, foi impresso em papel vergê areia 85g/m^2, nas oficinas da SEEP (Secretaria Especial de Editoração e Publicações), do Senado Federal, em Brasília. Acabou-se de imprimir em abril de 2004, como parte integrante da Coleção *História do Direito Brasileiro* – Série *Direito Civil* (Volume 6).

ANTONIO JOAQUIM RIBAS
Curso de Direito Civil brasileiro

ANTONIO MAGARINOS TORRES
Nota Promissoria (estudos da lei, da doutrina e da jurisprudencia cambial brazileira)

AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS
Consolidação das Leis Civis

AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS
Código Civil: esboço

CLÓVIS BEVILÁQUA
Direito das Coisas

FRANCISCO DE PAULA LACERDA DE ALMEIDA
Obrigações: exposição systematica desta parte do Direito Civil patrio segundo o methodo dos "Direitos de Família" e "Direito das Cousas" do Conselheiro Lafayette Rodrigues Pereira

JOSÉ DE ALENCAR
A Propriedade pelo Cons. José de Alencar - com uma prefação do Cons. Dr. Antonio Joaquim Ribas

LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA
Direito das Coisas - adaptação ao Código Civil por José Bonifácio de Andrada e Silva

LAFAYETTE RODRIGUES PEREIRA
Direitos de Família - anotações e adaptações ao Código Civil por José Bonifácio de Andrada e Silva

LOURENÇO TRIGO DE LOUREIRO
Instituições de Direito Civil brasileiro

PEDRO ORLANDO
Direitos Autorais: seu conceito, sua prática e respectivas garantias em face das Convenções Internacionais, da legislação federal e da jurisprudência dos tribunais